

**Waarde-aktiverende grondwetuitleg:
vergestalting van die materiële regstaat**

deur

Christoffel Johannes Botha

Proefskrif voorgelê luidens die vereistes
vir die graad

Doctor Legum

aan die Universiteit van Suid-Afrika

Promotor: Prof M Wiechers

November 1996

Voorwoord

Nie 'uit gewoonte en bygelowigheid' nie, maar met groot waardering, wil ek graag die volgende persone bedank:

- ❑ My promotor, professor Marinus Wiechers, wat die aanvanklike onderwerp voorgestel het, maar my die individuele akademiese ruimte gebied het om die konsep te ontgin en verder te ontwikkel. Hierdie proefskrif is 'n beskeie poging om Marinus Wiechers se visie van 'n regstaat in Suid-Afrika te verwoord.
- ❑ Margaret Beukes, van die Departement Staats- en Volkereg, UNISA, wat nie net die finale teks onder groot druk taalkundig geredigeer en stilisties gepoleer het nie, maar ook deurlopend ander raad en wenke voorgestel het. Sy het 'n groter aandeel in die 'vergestalting' van hierdie proefskrif as wat sy ooit sal besef.
- ❑ My ander vriende in die Departement Staats- en Volkereg, wie se volgehoue onderskraging en aansporing, (en kritiese wenke tydens die nimmereindigende *Kafeeklatsch* in die teekamer), van onskatbare waarde was.
- ❑ Karen Breckon, vakreferent van die regs fakulteit in die Samuel Pauw-biblioteek, wat altyd bereid (en in staat) was om op kort kennisgewing, en met kriptiese leidrade, te help met die opspoor van bronne.
- ❑ My ouers, wat na alles probeer het om van my 'n 'oop' denker te maak. Hopelik is hierdie proefskrif 'n weerspieëling daarvan.
- ❑ My gesin, wat my deurentyd ondersteun het, en my veral gedurende die laaste aantal maande met 'n rekenaarskerm en 'n stapel fotostate moes gedeel het. Aangesien my kinders selfs voor ete vir 'pa se doktorsgraad' gebid het, word dit met dank aan hulle opgedra!

Ten spyte van al bogenoemde persone se direkte en indirekte bydraes om hierdie proefskrif (uiteindelik!) die lig te laat sien, dra ek alleen die blaam vir enige foute wat ingesluit het, of enigiets *that strikes the reader as wrong or displeasing*.

CHRISTO BOTHA
PRETORIA
NOVEMBER 1996

Opsomming

Suid-Afrika is sedert 27 April 1994 'n materiële regstaat, wat deur beide uitdruklike en 'ongeskrewe' fundamentele waardes onderskraag word. Dit is juis hierdie fundamentele waardes wat 'n blote formele konstitusie (as grondslag van 'n *relative democracy*) van 'n oppermagtige grondwet (as basis van 'n materiële *standard-setting democracy*) onderskei. Alhoewel daar 'n lewendige debat oor die toepaslikheid van die talle tradisionele grondwetuitlegmetodes gevoer word, is daar nietemin tans geen oorhoofse waardebaseerde paradigma vir grondwetuitleg nie. Soms wil dit voorkom asof fundamentele grondwetlike waardes net as normatiewe retoriek, in stede van materiële riglyn, by grondwetuitleg gebruik word.

Die owerheidsgesag is aan hoër normatiewe regsbeginsels gebonde wat grotendeels in die fundamentele regte-akte (as deel van 'n oppermagtige grondwet) vervat is. Die gewaarborgde fundamentele regte dien derhalwe as konkretisering van beide die regstaat en die demokrasie: die materiële regstaatsbegrip is die basis van die grondwetlike staat. Die materiële regstaat, as geregtigheidstaat, kan dus gesien word as die eindbestemming van die grondwet as *lex fundamentalis* in die regsorde. 'n Oppermagtige grondwet is egter onlosmaaklik verbind aan die materiële regstaat. Daarom behels grondwetuitleg noodwendig die aktivering van die grondwetlik-gepositieweerde waardes. Hierdie normatiewe regsbeginsels en fundamentele waardes wat in die grondwet as *grundnorm* van die geregtigheidstaat beliggaam is, moet dan deur 'n onafhanklike regbank gehandhaaf en afgedwing word. In beginsel is grondwetuitleg gemoeid met die identifisering, handhawing en aktivering van die fundamentele waardes wat 'n oppermagtige grondwet onderskraag.

Waarde-aktiverende grondwetuitleg is nietemin nie 'n bloudruk waarmee alle praktiese uitlegprobleme opgelos kan word nie, maar 'n oorhoofse waardebaseerde paradigma: 'n dwingende, normatiewe verwysingsraamwerk waarvandaan, waarbinne en waarheen grondwetuitleg op pad is. Die tradisionele grondwetuitlegmetodiek is bloot aanvullende tegnieke wat 'n waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg ondersteun. Aangesien fundamentele waardes onlosmaaklik deel van die materiële regstaat is, moet grondwetuitleg nie net waardebaseer nie, maar ook waardegerig wees; nie net waardes handhaaf nie, maar ook bevorder en aktiveer; nie net waardes weerspieël nie, maar ook aktief vestig. Só 'n raamwerk vir grondwetuitleg behels die 'animering' en konkretisering van fundamentele waardes, ideale en standaarde wat die materiële regstaat onderlê, kortom, waarde-aktiverende grondwetuitleg as vergestaltung van die materiële regstaat.

Abstract

On 27 April 1994 South Africa became a constitutional state (*Rechtsstaat*), underpinned by both express, and 'unwritten' fundamental constitutional values. These values represent the distinction between a formal constitution (ie the basis of a relative democracy), and a supreme constitution (the foundation of a material standard-setting democracy). Although the merits of various methods of constitutional interpretation are hotly debated, no general value-based paradigm for constitutional interpretation has yet been established. At times it seems as if fundamental constitutional values are merely invoked as normative rhetoric during constitutional interpretation, rather than as substantive guidelines.

Government institutions are bound by these higher normative legal principles, which in a supreme constitution are articulated primarily in the bill of fundamental rights. The guaranteed fundamental rights are a concretisation of both the constitutional state and democracy: the material law state principle (*Rechtsstaatprinzip*) as the foundation of the constitutional state. The *Rechtsstaat* as 'just state' is the ultimate goal of a supreme constitution as *lex fundamentalis* in the legal order. A supreme constitution is inextricably linked to the *Rechtsstaat*. As a result, constitutional interpretation inevitably involves animating and activating values positivised within the constitution. These normative legal principles and fundamental values must be maintained and enforced by an independent judiciary. In principle, constitutional interpretation deals with the identification, maintenance and animation of the fundamental values underlying a supreme constitution.

Value-activating constitutional interpretation is not a blueprint for resolving all practical interpretive problems, but it is a general value-based paradigm: a peremptory, normative frame of reference from which, within which and towards which all constitutional interpretation should be directed. The traditional methodologies of constitutional interpretation are merely ancillary techniques supporting a value-activating paradigm of constitutional interpretation. Since fundamental values undeniably form part of the *Rechtsstaat*, constitutional interpretation should not only be value-based, but also values-directed; should not merely uphold the values, but also promote and activate them; should not only reflect the values, but also actively establish them. Such a framework for constitutional interpretation involves the animation and concretisation of the fundamental values, standards and ideals underlying the constitutional state: value-activating constitutional interpretation as embodiment of the *Rechtsstaat*.

Keywords

Rechtsstaat, fundamental rights, constitutional interpretation, constitutional review, judicial activism, interpretation of statutes, constitutionalism, fundamental values, value-judgments, judicial lawmaking, constitutional jurisprudence, value-coherent interpretation.

Inhoudsopgawe

VOORWOORD	i
OPSOMMING	ii
ABSTRACT	iii
1 VERTREKPUNTE	1
1.1 ALGEMENE INLEIDING	1
1.2 TERREINAFBAKENING	4
1.3 BEGRIPSOMSKRYWING	6
(a) Grondwette en konstitusies	6
(b) Grondwetlike toetsing (<i>constitutional review</i>)	7
(c) Uitleg, <i>interpretation</i> en <i>construction</i>	7
(d) <i>Constitutional supremacy</i> teenoor <i>judicial supremacy</i>	8
(e) Regspositivisme	8
(f) Die 1993- en 1996-Grondwette	9
(g) Regterlike aktivisme (<i>judicial activism</i>)	10
1.4 ONDERSOEKMETODE	12
2 DIE GRONDWET AS <i>LEX FUNDAMENTALIS</i>	17
2.1 INLEIDENDE OPMERKINGS	17
2.2 KONSTITUSIE EN GRONDWET	18
2.3 KLASSIFIKASIE VAN KONSTITUSIES	23
(a) Tradisionele klassifikasieskemas	24
❑ James Bryce	24
❑ Kenneth Wheare	25
❑ Leslie Wolf-Phillips	28
❑ CF Strong	30
❑ SA de Smith	33

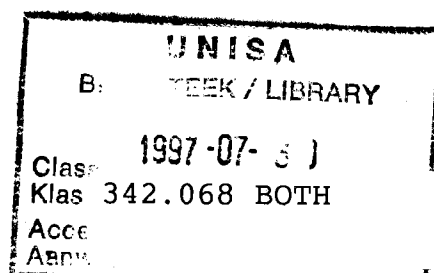
(b)	Die formele en materiële konstitusiebegrip	34
	□ Algemeen	34
	□ Karl Loewenstein	36
	□ Van Maarseveen en van der Tang	37
(c)	Onderskeid tussen konstitusie en grondwet	41
	□ Algemeen	41
	□ Edward McWhinney	42
	□ Mauro Capeletti	42
	□ Brewer-Carías	44
2.4	DIE GRONDWET EN REGSTAAT	45
(a)	Algemeen	45
(b)	Die rol van konstitusionalisme	46
(c)	Formele en materiële regstaatbegrip	48
	□ Die formele regstaat	48
	□ Die materiële regstaat	49
(d)	Die <i>pouvoir</i> -argument: populêre demokrasie en grondwetlike toetsing	52
2.5	SAMEVATTING	57
3	DIE TEORETIESE GRONDSLAE VAN WETSUITLEG	60
3.1	INLEIDENDE OPMERKINGS	60
3.2	TRADISIONELE WETSUITLEG BENADERINGS	64
(a)	Algemeen	64
(b)	Die teksgebaseerde benaderings	65
	□ Tekstualisme	65
	□ Subjektiewe bevelsteorie	68
	□ Kritiese evaluasie	69
(c)	Die 'wyer' benaderings	72
	□ Doeldienende (kontekstuele) uitleg	72
	□ Objektiewe delegasieteorie	74
	□ Teleologiese (<i>value-coherent</i>) uitleg	75
	□ Vrye regsleer	78

3.3	DIE SUID-AFRIKAANSE WETSUITLEGMETODIEK	80
(a)	Die tradisionele metodiek	80
(b)	Die opkoms van kontekstualisme	82
(c)	Wetsuitleg en die oppermagtige grondwet	85
	❑ Die (tussentydse) 1993-Grondwet	85
	❑ Die waardes wat die Grondwet stut	88
	❑ Die (finale) 1996-Grondwet	89
3.4	DIE HOWE EN REGSVORMING TYDENS WETSUITLEG	92
(a)	Algemeen	92
(b)	Die ortodokse standpunt	92
(c)	Die 'normdoeldienende' standpunt	93
(d)	Die mite van <i>iudicis est ius dicere sed non dare</i>	96
3.5	EKSKURSUS: ONLANGSE TEORETIESE ONTWIKKELINGS	98
(a)	Algemeen	98
(b)	Die rol van die hermeneutiek	99
(c)	Die invloed van enkele moderne denkrigtings	103
	❑ Dworkin se <i>constructive interpretation</i>	103
	❑ LM du Plessis se normatiewe transponering	107
	❑ Eskridge se <i>dynamic statutory interpretation</i>	109
	❑ Die <i>Critical Legal Studies</i> -beweging	111
	❑ Postmodernisme en dekonstruksie	113
	❑ Die <i>Plain Language</i> -beweging	118
3.6	SAMEVATTING	122
4	DIE SUID-AFRIKAANSE HOWE EN GRONDWETUITLEG	125
4.1	INLEIDENDE OPMERKINGS	125
4.2	DIE ERA VAN PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT	129
(a)	Die einde van die howe se 'toetsingsreg': <i>Ndobe</i> en <i>Ndlwana</i>	129
(b)	Tydelike 'aktiwisme': die <i>Harris</i> -sake en <i>Collins</i>	130
(c)	Die finale nekslag: <i>Mpangele</i> en <i>Nasopie</i>	139
(d)	<i>Ekskursus</i> : Die Appèlhof en die 'totale aanslag'	142

4.3	DIE OMWENTELING: 'N KWANTUMSPRONG VAN <i>HARRIS</i> NA <i>NYAMAKAZI</i>	149
(a)	Algemeen	149
(b)	Die 'onafhanklike' tuislande	150
	❑ Bophuthatswana	150
	❑ Ciskei	163
(c)	Suidwes-Afrika/Namibië vóór onafhanklikheid	170
4.4	NÁ PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT: GRONDWETUITLEG IN SUID- AFRIKA SEDERT 27 APRIL 1994	180
(a)	Die (tussentydse) 1993-Grondwet	180
	❑ Algemeen	180
	❑ Die Hooggeregshof	181
	❑ Die Konstitusionele Hof	191
(c)	Die (finale) 1996-Grondwet	198
4.5	SAMEVATTING	199

5	GRONDWETLIKE WAARDES EN DIE REGSTAAT:	
	'N REGSVERGELYKENDE OORSIG	203
5.1	INLEIDENDE OPMERKINGS	203
5.2	DIE KLASSIEKE <i>GRUNDNORM</i> -GRONDWETTE	205
(a)	Die Verenigde State van Amerika	205
	❑ Algemeen	205
	❑ Die eindelose stroom <i>modalities</i> en teorieë	207
	❑ Die <i>political thicket</i>	221
(b)	Duitsland	224
	❑ Algemeen	224
	❑ Basiese kenmerke van die Duitse stelsel	225
	❑ Duitse perspektiewe op grondwetuitleg	230
	❑ Die logies-teleologiese oplossing	235

5.3	KANADA EN NAMIBIË: GRONDWETUITLEG SEDERT DIE <i>CHARTER</i> EN 'DEKOLONISASIE'	239
(a)	Kanada	239
	<input type="checkbox"/> Algemeen	239
	<input type="checkbox"/> Tussen twee vure: die invloed van Westminster en Washington	240
(b)	Namibië	250
	<input type="checkbox"/> Algemeen	250
	<input type="checkbox"/> Vanaf kolonialisme na konstitusionalisme	250
5.4	SAMEVATTING	259
6	BESTEKOPNAME	262
6.1	INLEIDENDE OPMERKINGS	262
6.2	WAARDE-AKTIVERENDE GRONDWETUITLEG: VERGESTALTING VAN DIE MATERIËLE REGSTAAT	265
6.3	DIE GRENSE VAN WAARDE-AKTIVERENDE GRONDWETUITLEG	270
6.4	FINALE SAMEVATTING	280
	SAKEREGISTER	284
	BIBLIOGRAFIE EN VERWYSINGSMETODES	291
	ALFABETIESE REGISTER	324



Vertrekpunte

1.1 ALGEMENE INLEIDING

In *S v Makwanyane*¹ het regter Mahomed die volgende opmerking oor grondwette en fundamentele waardes gemaak:

All constitutions seek to articulate, with differing degrees of intensity and detail, *the shared aspirations of a nation; the values which bind its people*, and which discipline its government and its national institutions; the basic premises upon which judicial, legislative and executive power is to be wielded; the constitutional limits and the conditions upon which that power is to be exercised; *the national ethos which defines and regulates that ethos; and the moral and ethical direction which that nation has identified for its future*. In some countries, the Constitution only formalises, in a legal instrument, a historical consensus of values and aspirations evolved incrementally from a stable and unbroken past to accommodate the needs of the future. The South African Constitution is different: it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a *vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution*.²

Cappelletti beskryf die vergestaltung van fundamentele waardes in 'n grondwet as volg:

Hence, the framework of modern constitutions and judicial review synthesize the ineffective and abstract ideals of natural law with the concrete provisions of positive law.³

Hierdie twee sienings van die sinergie tussen grondwette en waardes lê die res van hierdie proefskrif ten grondslag. Die ondersoek word gestut deur twee verweefde verwickelings: eerstens, die hernieuwe akademiese belangstelling die afgelope twee dekades in wetsuitleg as dissipline (wat veral deur nuwe benaderings, denkrigtings en sistematiek gekenmerk is);⁴ en tweedens, die staatkundige ontwikkelings in Suider-

¹1995 3 SA 391 (CC). In hierdie saak het die Konstitusionele Hof beslis dat die doodstraf in Suid-Afrika ongrondwetlik is.

²Op para 262 van die verslag (my kursivering).

³Cappelletti M (1971) *Judicial review in the contemporary world* viii.

⁴Hierdie 'herontdekking' van wetsuitleg het tot letterlik dosyne bydraes deur Suid-Afrikaanse akademici aanleiding gegee. Sien veral Cowen DV 'A prolegomenon to a restatement of the principles of statutory interpretation' (1976) *TSAR* 131; Van den Bergh NJC 'Wetsuitleg: *quo vadis?*' (1982) *De Jure* 154; Du

Afrika in die algemeen en Suid-Afrika in die besonder.⁵ Veral van belang in dié verband (en aansluitend by eersgenoemde faktor) is die inwerkingtreding⁶ van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika⁷ op 27 April 1994, die aanvaarding van die 1996-Grondwet⁸ deur die Grondwetlike Vergadering op 8 Mei 1996, die gepaardgaande debat rondom grondwetuitleg, asook die sentrale rol wat die Konstitusionele Hof⁹ tydens die toepassing van die Grondwet sal speel. Die totstandkoming van die nuwe grondwetlike bedeling het ingrypende politieke en sosio-ekonomiese veranderinge in Suid-Afrika tot gevolg gehad. Binne die raamwerk van hierdie ondersoek, is die totale ommekeer van die hele regsorde in die algemeen, maar veral die staatsreg in die besonder, die belangrikste. Suid-Afrika het nou, in die ware sin van die woord, 'n *grundnorm*-grondwet: die beginsel van parlementêre soewereiniteit is nou deur grondwetlike oppergesag vervang.

Die legitimiteit van 'n oppermagtige grondwet (wat 'n handves van menseregte insluit) berus nie net op die mate waarin die meerderheid van die stemgeregtigdes se wense en aspirasies daarin weerspieël word nie, maar hang ook in groot mate af van die suksesvolle inwerkingstelling van die fundamentele (onderliggende) grondwetlike waardes in die praktyk. Hierdie aspek word baie treffend deur **Ruppel** omskryf:

Plessis LM (1986) *The interpretation of statutes*; **Labuschagne JMT** 'Regsnormvorming: riglyn vir 'n nuwe benadering tot die tradisionele reëls van wetsuitleg' (1989) *SAPR/PL* 205; en **Devenish GE** (1992) *Interpretation of statutes*. Sien verder **Botha CJ** (1996) *Wetsuitleg: 'n inleiding vir studente* (2e uitg) vir 'n meer verteenwoordigende bronnelys tov wetsuitleg in Suid-Afrika.

⁵Sedert FW de Klerk se beroemde toespraak tydens die parlamentsopening op 2 Februarie 1990 *Debate van die Volksraad* (1990-02-02 kol 1-18), het veral die Nasionale Party se houding tov 'n menseregte-akte soos handomkeer verander. Vergelyk in hierdie verband **Coetsee HJ** 'Hoekom nie 'n verklaring van menseregte nie?' (1984) *TRW* 5-13 met die **Suid-Afrikaanse Regskommissie** (1989) *Projek 58 Werkstuk 25: Groeps- en Menseregte* (Tussentydse verslag) 260-267 en nog later, 'Groepkonsep moet sy reuk verloor' *Beeld* (1990-03-06) 12.

⁶Ingevolge art 251(1) van die 1993-Grondwet (Prok 185 SK 15466 van 1994-01-28).

⁷200 van 1993. Hierna bloot die **1993-Grondwet**.

⁸Hierna bloot die **1996-Grondwet**.

⁹Ingevolge art 98 van die 1993-Grondwet is die Konstitusionele Hof die belangrikste hof mbt die uitleg, beskerming en afdwinging van die Grondwet. Afhangende van oa die hiërargiese vlak van die wetgewing en die aard van die uitvoerende handeling ter sprake, het die Hooggeregshof (art 101-102) en ander houe (art 103) ook in 'n mindere of meerdere mate jurisdiksie tov grondwetlike toetsing. Art 35(3) van die 1993-Grondwet en art 39(2) van die 1996-Grondwet het in elk geval enersyds tot gevolg dat alle houe tydens wetsuitleg ook onvermydelik grondwetuitleg sal moet toepas, en andersyds, dat grondwetuitleg en gewone wetsuitleg op dieselfde breë teoretiese grondslae gebaseer moet wees.

[T]he successful implementation of a bill of rights depends on a consistent and continuing commitment to uphold and practise those basic rights in everyday life, not only by the judiciary and lawyers, but as importantly, by the executive, politicians, leaders and society. It must be a shared commitment.¹⁰

Dieselfde ernstige waarskuwing word vanuit die VSA gerig:

[I]t is essential too that we always remember that a constitution cannot be constantly enforced by the sharp points of bayonets. For a constitution to persist, to survive, to thrive, indeed to become transcendental, it must rely on the people's continuing support - today, tomorrow and in the future. It must rely on an inter-generational acknowledgement of its ongoing legitimacy. It must count on a continuing popular subscription to its tenets.¹¹

Die politieke legitimiteit van so 'n nuwe grondwetlike bedeling is 'n vraagstuk wat nie hier ondersoek kan word nie. Weliswaar is geweldig baie tyd, geld en energie bestee om 'n politieke skikking te vind wat vir die meerderheid aanvaarbaar is, asook om sodanige kompromieë in die Grondwet, wat met politieke legitimiteit bekleed is, te beliggaam. Ongelukkig wil dit voorkom of daar gedurende die politieke onderhandelinge nie veel aandag geskenk is aan een van die belangrikste faktore wat die sukses van die finale Grondwet sal bepaal nie, naamlik, die uitleg van die Grondwet deur die regbank. Die legitimiteit van die Grondwet, maar veral die handves van fundamentele regte, sal in groot mate afhang van die toepassing van grondwetlike toetsing deur die regbank.¹² Anders gestel, voldoen die uiteindelijke juridiese toepassing daarvan aan die verwagtings van beskerming wat deur die bevolking gekoester word?¹³ Verskeie bevolkings- en belangegroepe, asook politieke rolspelers, beskou 'n juridies-afdwingbare grondwet met skeptisisme.¹⁴ Gevolglik sal al die hoewe wat met grondwetuitleg in

¹⁰Ruppel HFE 'A bill of rights: practical implications for legal practice - a Namibian perspective' (1992) *SAPR/PL* 51-52. Sien ook Wamala A 'Reflections on Africa's constitutional history' in De Villiers (red) (1994) *Birth of a Constitution* 328.

¹¹Kittrie NN 'The task ahead: making the constitution work for pluralism' (1992/3) 8 *American University Journal of International Law and Policy* 647 op 649. Sien ook president Mandela se opmerking tydens 'n onderhoud met Ken Owen van die *Sunday Times* (1995-05-07) op 23 in hierdie verband:

'I don't regard the preservation of this constitution to be more important than saving lives.'

¹²Sien oa Kruger TJ 'Die voortbestaan van die Suid-Afrikaanse regstelsel: 'n legitimiteitskrisis?' in Van der Walt (red) (1989) *HL Swanepoel-gedenklesings* PU vir CHO 22ff oor die regbank se legitimiteitskrisis gedurende die tagtigerjare.

¹³Die legimiteit van 'n beregbare grondwet met 'n handves van fundamentele regte het nie net betrekking op die publiekreg nie. Sien oa Neethling J 'A vision of South African private law - independent coexistence or reconciliatory synthesis?' (1993) 2 *Codicillus* 60-65, asook die bronne daarin vermeld, vir die uitdagings wat 'n menseregtebedeling vir die Suid-Afrikaanse privaatrek gaan inhou.

¹⁴Aan die linkerkant van die politieke spektrum is die waarneming dat 'n menseregte-akte bloot 'n meganisme sal wees om minderheidsregering en wit voorregte te verskans; terwyl daar uit regse geledere oa beweer word dat 'n menseregte-akte nie die 'wit' minderheid sal kan beskerm teen 'n swart

die 'nuwe Suid-Afrika' gemoeid gaan wees die verantwoordelikheid hê om van meet af aan konkrete beslag te gee aan en vertrouwe te vestig in die nuwe Grondwet. Ongelukkig het die Suid-Afrikaanse regbank nie die gerief van 'n aantal dekades (soos Kanada byvoorbeeld) om met grondwetuitleg te eksperimenteer en uit hul foute te leer nie. Afgesien van die afgelope jaar of twee¹⁵ het grondwetuitleg nie veel aandag geniet nie, veral omdat 'n handves van fundamentele regte tot voor die einde van die tagtigerjare nie werklik op die politieke agenda was nie.

1.2 TERREINAFBAKENING

Hierdie studie is gemoeid met die uitlegmetodiek wat op 'n *grundnorm*-grondwet¹⁶ van toepassing behoort te wees. Hoewel 'n suiwer gebiedsafbakening en kompartementalisering hedendaags onmoontlik is, kan dit tog gekonstateer word dat sekere aspekte eerder binne die bestek van die politieke wetenskappe, 'suiwer' staatsreg, jurisprudence en dies meer tuishoort en vir die doeleindes van hierdie proefskrif afsonderlike navorsingsterreine is. Onder hierdie aspekte ressorteer:

- die onderhandelings, kompromieë en verkiesings wat nodig was om 'n aanvaarbare politieke skikking te bereik, en of dit enigsins 'n politieke sukses sal wees;¹⁷
- die inhoud van die Grondwet, asook die groep van sogenaamde 'eerste-', 'tweede-' en 'derdegenerasie' regte wat in die handves van fundamentele regte vervat is;

meerderheid nie, dat dit liberalisties en humanisties gefundeerd is en dat die soewereiniteit van die parlement in die slag sal bly (sien oa **SA Regskommissie** (1989) 212-214 267-269 en **Hund J** 'A Bill of Rights for South Africa' (1989) *TRW* 46-57 en **Venter F** 'Menseregte, groepregte en 'n proses na groter geregtigheid' (1986) *SA PR/PL* 203-229). Sien ook 'Kerk kyk na sy belange by grondwet' *Algemene Kerkbode* (1995-02-11) 8-9 vir die kritiese beskouings van sommige Afrikaanse kerke tov fundamentele regte.

¹⁵Sien oa **Kruger TJ** (1990) *Die wordingsproses van 'n Suid-Afrikaanse menseregtebedeling* LLD-proefskrif PU vir CHO, en **Basson DA** 'Die regbank en 'n menseregtehandves' in Van der Westhuizen & Viljoen (reds) (1988) *'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika* in hierdie verband.

¹⁶*Grundnorm*-grondwet' word nie hier in sy suiwer 'Kelseniaanse' betekenis gebruik nie, maar verwys na 'n oppermagtige grondwet waarteen alle wetgewing en owerheidsoptrede getoets kan word. Sien ook die omskrywing van 'n *lex fundamentalis* [nt 22 hieronder] in dié verband.

¹⁷Die onderhandelingsproses en die algemene verkiesing in 1994 is al as 'n *small miracle* bestempel, en verskeie beskrywings en analises daarvan het reeds verskyn. Sien oa **De Klerk W** 'The process of political negotiation: 1990-1993' en **Eloff T** 'The process of giving birth', beide in De Villiers (red) (1994) *Birth of a Constitution*, in hierdie verband.

- die ontstaan van 'n menseregtebedeling in Suid-Afrika,¹⁸ insluitende die vraag of 'n handves van fundamentele regte deel van die oorgangsfase na die 'nuwe Suid-Afrika' moes wees, of slegs ná transformasie in werking moes getree het;
- die staatsregtelike debat rondom die verskille en ooreenkomste tussen die leerstuk van die *rule of law* en die regstaatbeginsel;
- die vraag of 'n handves van fundamentele regte op die natuurreg of die humanisme gebaseer is, of op die diverse teologiese opvattinge en dies meer;¹⁹
- die velerlei aksies en prosesse wat tydens grondwetlike litigasie aangewend kan word,²⁰ en die voor- en nadele van die verskillende modelle van grondwetlike toetsing (gesentraliseerde- en gedesentraliseerde toetsing, asook sg *concrete and abstract review*).

Kortom, die nuwe Suid-Afrikaanse Grondwet word, ongeag die finale inhoud of die politieke aanloop tot die totstandkoming daarvan, eenvoudig as 'n gegewe aanvaar. Daar word gefokus op die uitlegbenadering wat deur die Suid-Afrikaanse regbank gevolg behoort te word by die uitleg van só 'n grondwet. Dit sal blyk dat die tradisionele wetsuitlegmetodiek in Suid-Afrika, wat in groot mate op die bevelsteorie gebaseer is, nouliks geskik om is 'n oppermagtige grondwet suksesvol te interpreteer. Die aanvaarding van 'n *grundnorm*-grondwet beteken dat parlementêre soewereiniteit vervang is met grondwetlike oppergesag. 'n Grondwet is met 'n unieke en verhewe status binne die regsorde bekleed, wat noodwendig beteken dat 'n buitengewone uitlegmetodiek daarop van toepassing is.

¹⁸Sien veral Kruger (1990) in hierdie verband.

¹⁹Om die grootste mate van legitimiteit te verkry, moet 'n handves van fundamentele regte binne 'n multi-kulturele gemeenskap noodwendig neutraal wees tov die verskillende godsdiensopvattinge. Sien veral Carpenter G 'Beyond belief - religious freedom under the South African and American Constitutions' (1995) *THRHR* 684ff; Wiechers M 'An evaluation of the new South African constitutional dispensation from a Christian perspective' (1996) 36 *Woord en Daad* 5-6, en 'Constitution must be a sacred text of religious diversity' *Business Day* (1995-09-15) 14 vir 'n bespreking van godsdiensvryheid in 'n fundamentele regtebedeling. Sien verder Du Plessis LM 'Filosofiese perspektief op 'n mense-regtehandves vir Suid-Afrika' in Van der Westhuizen & Viljoen (reds) (1988) *'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika* 8-27 en Kruger (1990) 33-56 vir goeie uiteensettings van die filosofiese grondslae van geregtigheid, insluitende dié van die Christelike godsdiens. Vir 'n geskiedkundige oorsig van konstitusionalisme en natuur-regteorieë, sien oa Antieau CJ (1982) *Constitutional construction* 160-194 en McIlwain CH (1966) *Constitutionalism: ancient and modern*.

²⁰Sien oa die Reëls van die Konstitusionele Hof (Reg 5 van 1995 SK 16204); Breitenbach A 'Raising constitutional issues in existing proceedings' *Juta's seminar on constitutional litigation* (Maart 1995) 1-40.

1.3 BEGRIPSOMSKRYWING

(a) Grondwette en konstitusies

In hierdie studie sal daar 'n onderskeid getref word tussen **grondwette** en blote **konstitusies**.²¹ 'n Grondwet is die fundamentele wet (*grundnorm*) in die regsorde wat 'n handves van fundamentele regte bevat, met die noodwendige uitvloeisel van 'n regbank met nie net die reg van, maar ook die inherente plig tot grondwetlike toetsing: dit is die *lex fundamentalis*²² in die regsorde waarteen alle wetgewing en owerheidsoptrede getoets moet word. 'n Grondwet is 'n geskrewe dokument wat uit twee komponente bestaan:

- die formele (strukturele en statiese) komponent beskryf die staatsvorm, verdeling van staatsgesag en al die ander institusionele aspekte rakende die owerheidsorganisasie;
- die materiële (substantiewe en dinamiese) komponent omvat die onderliggende normatiewe beginsels van die regsorde, insluitende die beginsels van 'n vrye demokratiese orde, handves van fundamentele regte en grondwetlike toetsing deur die regbank.

Karpen²³ beskryf dan ook hierdie tweeledige samestelling as volg:

[T]he Constitution as charter of state-organization and value basis.

Dit is juis hierdie materiële komponent wat 'n grondwet tot die *lex fundamentalis* (*grundnorm*) in die regsorde verhef. Daarteenoor het 'n gewone konstitusie geen hoër status in die regsorde nie en is dit bloot 'n uiteensetting van die institusionele en organisatoriese aspekte van owerheidsgesag.

²¹Sien hfst 2 hieronder.

²²Die basis of grondslag van 'n fundamentele ordeskepping in die reg (hierna bloot *lex fundamentalis*). Sien ook **Stern K** 'A society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany' (1981) *TSAR* 241 se verwysing na die stelreël *iustitia est fundamentum regnorum*: 'In modern parlance that means nothing more than that "a constitution must be the legal foundation of the state".'

²³**Karpen U** 'Rule of law' in Karpen (red) (1988) *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 171-173.

(b) Grondwetlike toetsing (*constitutional review*)

Om begripsverwarring met die enger begrip van geregtelike hersiening van administratiewe handelinge (*judicial review*, in die enger sin van die woord) te vermy, word die begrip grondwetlike toetsing (*constitutional review*)²⁴ verkies om te verwys na die bevoegdheid van die regbank om die grondwetlike geldigheid van wetgewing en uitvoerende handelinge binne die raamwerk van 'n oppermagtige grondwet te toets.

(c) Uitleg, *interpretation* en *construction*

Sommige skrywers onderskei tussen die begrippe *constitutional interpretation* en *constitutional construction*, omdat *construction* 'n wyer begrip is wat noodwendig interpretasie sou insluit:

In countries where constitutional adjudication has come to the fore, the main concern seems to be the difference, if any, between the normal canons of statutory interpretation used for ordinary acts of parliament and the far greater task of 'constructing' the wide and general clauses contained in a constitution. The latter term refers to the court's task of assigning the appropriate legal significance to clauses and words used in the constitution, coupled with an awareness of the social implications a decision on constitutional matters might have on society in general.²⁵

Vir die doeleindes van hierdie proefskrif sal die begrippe **grondwetuitleg** en

²⁴Cockrell A 'Rainbow jurisprudence' (1996) *SAJHR* 1 gebruik ook die begrip *constitutional review*. Sien ook McWhinney E (1986) *Supreme courts and judicial law-making: constitutional tribunals and constitutional review* xi-xvi vir 'n onderskeid tussen hierdie begrippe. Ook Koopmans T (1978) *Vergelykend publiekrecht* (veral 39-62), Cliteur PB 'Democratie en constitutionele toetsing' (1990) *Rechtsgeleerd Magazijn* 209-219 en Couwenberg SW (1991) *Gezag en vrijheid* (veral 48-50) verkies die begrip *constitutionele toetsing*, terwyl Corder H 'Towards a South African constitution' (1994) *Modern LR* 491 517 ook verwys na *the testing power of constitutional review*. Kommers DP (1989) *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 4-5 wys op die onderskeid tussen hierdie twee begrippe in die Duitse staatsreg: *judicial review* oftewel *richterliches Prüfungsrecht* verwys na gevalle waar wetgewende en uitvoerende handelinge van die owerheid bots met die fundamentele regte en dus ongrondwetlik is, terwyl *constitutional review* of *Verfassungstreitigkeit* verwys na dispute tussen die primêre owerheidsorgane. Davis D, Chaskalson M & De Waal J 'Democracy and constitutionalism: the role of constitutional interpretation' en Davis D 'Equality and equal protection', beide in Van Wyk, Dugard, de Villiers & Davis (reds) (1994) *Rights and constitutionalism: the new South African legal order* (onderskeidelik op 1-130 en 196-211) gebruik beide begrippe as wisselvorme. Strayer BL (1988) *The Canadian Constitution* (3e uitg) 49 verwys op sy beurt na *constitutional judicial review*.

²⁵Boshoff A 'Interpretation of a constitution' (1992) *TSAR* 331 332. Sien ook Antieau (1982) xxiii, asook Antieau CJ (1985) *Adjudicating constitutional issues* xxvii, waarin daar ook tussen *constitutional adjudication*, *constitutional construction* en *judicial review of legislation* onderskei word.

wetsuitleg²⁶ deurgaans gebruik word, aangesien die uiteindelijke metodiek wat gebruik word op meer berus as die benaming en naamgewing daarvan.

(d) *Constitutional supremacy* teenoor *judicial supremacy*

'n *Grundnorm*-grondwet is die *lex fundamentalis* in die regsorde, en dit het grondwetlike oppergesag tot gevolg. Daar moet egter 'n duidelike konseptuele onderskeid tussen grondwetlike oppergesag (*constitutional supremacy*) en oppergesag van die regbank (*judicial supremacy*) getref word. Deur middel van grondwetlike toetsing is die regbank die handhawer en beskermmer van grondwetlike waardes. Alhoewel die regbank binne so 'n grondwetlike bestel onafhanklik is, word die beskerming van die grondwetlike waardes binne die raamwerk van die grondwet uitgeoefen en is daar nie sprake van *judicial supremacy* nie. In die lig van aantygings dat grondwetlike toetsing ondemoskries²⁷ sou wees en aanleiding gee tot 'n onaanvaarbare oppergesag en politisering van die regbank,²⁸ is hierdie konseptuele onderskeid meer as net oppervlakkig, maar inderdaad grondig.

(e) Regspositivisme

Met hierdie ondersoek sal die invloed van regspositivisme op wets- en grondwetuitleg onvermydelik ter sprake kom. Die talle argumente²⁹ oor wat positivisme in die algemeen, en regspositivisme in die besonder sou behels (en ook nie omvat nie) val buite die omvang van hierdie studie.³⁰ Vir die doeleindes van hierdie ondersoek sal

²⁶Sien veral **Kellaway EA** (1995) *Principles of legal interpretation of statutes, contracts and wills* 12: 'Construction means the process of construing (discovering and applying the meaning of) written instruments. First "meaning" should be sought and then effect should be given to it. In any event, "construction" is often used synonymously with "interpretation".'

²⁷Sien hfst 2 hieronder mgt tot die legitimiteit van grondwetlike toetsing.

²⁸Sien bv **Ely JH** 'Another such victory: constitutional theory in a world where courts are no different from legislatures' (1991) 77 *Virginia LR* 833ff.

²⁹Sien oa **Cockrell** (1996) 30-35, asook **Kruger** (1990) 243:

'Die positivisme as sodanig is nie die sondebok nie: die tradisionele bagasie wat die positivisme met hom, binne Suid-Afrikaanse konteks, saamdra, is wel.'

³⁰Sien oa **Kroeze IJ** 'Re-evaluating legal positivism - or positivism and fundamental rights: a comedy of errors' (1993) *SAPR/PL* 230-237 en **Mischke C** 'Textual tactics: putting positivism on the road (to

Botha H se omskrywing van regspositivisme as vertrekpunt gebruik word:

Positivism, in a nutshell, refers to the belief that a strict separation should be maintained between the law as it is and the law as it ought to be. The task of the courts, then, is to pronounce the law as found in legislative texts and previous court decisions, and not to pronounce on questions of political morality.³¹

Bogenoemde definisie moet saamgelees word met **Hahlo & Kahn**³² se omskrywing:

Legal positivism had once again come into its own, rejecting all notions of a higher, natural law ... What the State decrees or accepts, and only what the State decrees or accepts, is law.

Wat wetsuitlegmetodiek betref, hou regspositivisme derhalwe verband met **Cockrell** se definisie van 'n *formal vision of law*:

No doubt there were many factors contributing to this ascendancy of the formal vision: an emphasis on narrowly-construed 'private law' subjects in the training of law students; an aversion to the teaching of 'policy matters' as part of the law syllabus at universities; a belief that good lawyering was largely a matter of textual exegesis and technical expertise; the practice of drawing judges exclusively from the ranks of practising advocates; and an oft-cited judicial belief that matters of policy were more appropriately left for the legislature. Whatever the reasons, it is in my view undeniable that the hegemonic tradition within legal scholarship and legal practice prior to the coming into operation of the 1993 Constitution was one steeped in the formal vision of law.³³

(f) Die 1993- en 1996-Grondwette

Alhoewel die Grondwetlike Vergadering op 8 Mei 1996 die (finale) Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika aanvaar het, het dit nog nie in werking getree nie.³⁴ Gevolglik sal daar grotendeels op die (tussentydse) 1993-Grondwet gekonsentreer word. Dit is juis die 1993-Grondwet wat die omswaai vanaf parlementêre soewereiniteit na 'n *grundnorm*-grondwet bewerkstellig het. Verreweg die meeste kritiese ontledings van die nuwe grondwetlike bedeling, asook die talle nuwe hofuitsprake wat met grondwetlike

pasture)' (1993) *SAPR/PL* 346-351 in dié verband.

³¹**Botha H** 'The values and principles underlying the 1993 Constitution' (1994) *SAPR/PL* 233 234. Sien ook **Dugard J** 'The judicial process, positivism and civil liberty' (1971) *SALJ* 181ff.

³²**Hahlo HR & Kahn E** (1973) *The South African legal system and its background* 19. Sien ook **Devenish** (1992) 32, **Du Plessis** (1986) 39, **Dyzenhaus D** 'Why positivism is authoritarian' (1992) 37 *American Journal of Jurisprudence* 83ff, **Van der Vyver JD** 'The jural credo: justice as the essence of legal ethics and a component of positive law' (1989) *THRHR* 157 166-171 en **Raath AWG** 'Die opkoms van 'n neo-positivisme in die Suid-Afrikaanse regsleer' (1988) *TRW* 208ff in hierdie verband.

³³**Cockrell** (1996) 7.

³⁴In *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 10 BCLR 1 (CC) het die Konstitusionele Hof beslis dat die 1996-Grondwet nie aan al die Grondwetlike Beginsels in die 1993-Grondwet voldoen nie, en dit na die Grondwetlike Vergadering terugverwys.

toetsing en grondwetuitleg te make gehad het (en steeds het), is op die 1993-Grondwet gebaseer. Gevolglik sal die 1993-Grondwet as vertrekpunt gebruik word, maar waar nodig, sal daar na die 1996-Grondwet verwys word.

(g) Regterlike aktivisme (*judicial activism*)

Alhoewel regterlike aktivisme veral met die rol van die hof tydens wetsuitleg in verband gebring word, is daar geen omvattende omskrywing daarvan nie. Herdegen beskryf die 'konseptuele vloeibaarheid' van regterlike aktivisme as volg:³⁵

The qualification of a judicial attitude as 'activist' rather than 'restrained' is strongly influenced by the political, cultural and jurisprudential environment and related to certain expectations emanating from other organs of state, political associations and academic lawyers.

Alhoewel hierdie proefskrif gemoeid is met die regbank se funksie ten opsigte van grondwetlike waardes, kan 'n algemeen-aanvaarde definisie van regterlike aktivisme nietemin nie gepostuleer word nie:

- Binne die onderskeie wetsuitlegbenaderings is daar nie eenstemmigheid oor die aard en omvang van regterlike regsvoorming nie: voorstaanders van 'n ortodokse regspositivistiese en 'bedoeling-in-teks'-benadering beskou enige regterlike regsvoorming as 'aktivisties', terwyl die voorstaanders van doeldienende en teleologiese uitleg (wat wél regterlike regsvoorming tydens wetsuitleg erken) op hul beurt die uitgangspunte van die vrye regsleer as 'aktivisties' sal kritiseer.³⁶
- Die Amerikaanse regsliteratuur word gekenmerk deur 'n onderskeid tussen *judicial activism* en *judicial self-restraint*, wat uit die *countermajoritarian*-argument voortspruit: aktivisme word gedefinieer met verwysing na die grense van die regbank se diskresie-uitoefening, die *original intent of the Framers*, asook regters se standpunte oor meerderheidsregering en politieke instellings.³⁷

³⁵Herdegen M 'The activist judge in a "positivistic" environment - European experiences' (1990) *Stell LR* 336 340.

³⁶Sien hfst 3 hieronder vir 'n volledige bespreking van die teoretiese grondslae van wetsuitleg.

³⁷Wolfe C (1991) *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security* 2-5. Herdegen (1990) 336 wys op drie belangrike aspekte van regterlike 'aktivisme': die verhouding tussen die regbank teenoor die wetgewer en uitvoerende gesag; die probleem van die regter se persoonlike waardes en standaarde; en

- Afgesien van die *countermajoritarian*-argument en die 'verhewe' status van 'n grondwet in die regsorde, gee die strewe na 'n geregtighedsgerigte konkretisering van vae en 'oop' bepalings ten tye van wets- en grondwetuitleg ook aanleiding tot verskillende sienings oor 'n 'aktivistiese' regbank. **Loenen**³⁸ wys dan ook op die spanning tussen regsekerheid en billikheid:

[O]pen normen die in staat zijn een bepaald regelcomplex volledig open te breken voor een min of meer volledig vrije beslissing van de regeltoepasser, toegespitst op het individuele voorliggende geval.

- Die tradisionele onderskeid tussen regs- en beleidsaspekte (sg 'suiwer' politieke kwessies) het ook verval, en gevolglik is dit nie meer moontlik om regterlike aktivisme met verwysing na *policy issues* te definieer nie. Indien gepositieerde grondwetlike waardes, in 'n fundamentele regtebedeling gebruik, as maatstaf ingespan moet word om owerheidsoptrede mee te toets, is beleidsaspekte dus noodwendig beregbaar.³⁹

[A] bill of rights judicialises politics because it requires the judiciary to act as an independent referee who keeps (party) political actors to the basic 'rules of the (political) game' enshrined in the bill of rights. This in turn calls for political skills on the part of the 'referee itself' - a *politicisation of the judiciary* in other words.⁴⁰

In die afwesigheid van 'n afdwingbare handves van fundamentele regte, omskryf **Kruger** regterlike aktivisme as die keuse-uitoefening (tydens wetsuitleg) ten gunste van fundamentele regte.⁴¹ Sedert die inwerkingtreding van 'n fundamentele regtebedeling in Suid-Afrika is óók hierdie omskrywing nie meer toepaslik nie, aangesien alle wetgewing en owerheidsoptrede teen die handves van fundamentele regte opgeweeg moet word. Toegegee, fundamentele regte is nie absoluut nie en kan beperk word, maar die beskerming en afdwinging van fundamentele regte vorm een van die grondslae van 'n fundamentele regtebedeling: om ten gunste van grondwetlike waardes

die regter wat met statutêre ongeregtigheid (*gesetzliches Unrecht*) gekonfronteer word. Sien ook **McWhinney** (1986) 100-101, asook die bespreking van die Amerikaanse benaderings tot grondwetuitleg in hfst 5 hieronder.

³⁸**Loenen T** 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid' (1996) *Rechtsgeleerd Magazijn* 123 125.

³⁹Hierdie aspek word meer volledig in hfst 6 hieronder bespreek.

⁴⁰**Du Plessis LM & De Ville JR** 'Bill of rights interpretation in the South African context (1): diagnostic observations' (1993) *Stell LR* 63 81.

⁴¹**Kruger** (1990) 179 nt 88.

en regte te beslis, kan nie as 'aktivisties' beskryf word nie. In hierdie proefskrif word daar op waarde-aktiverende grondwetuitleg⁴² gefokus: die hoër moet daardie waardes wat uitdruklik in die Grondwet gepositieer is (asook die sog 'ongeskrewe' waardes wat die geskrewe waardes en regte onderskraag),⁴³ aktief in die regsorde vestig en bevorder. Die aktivering ('animering') van die fundamentele grondwetlike waardes is dus nie aktivisties in die Amerikaanse sin van die woord nie: dit is bloot die materiële regstaat-in-aksie.⁴⁴

1.4 ONDERSOEKMETODE

In *Nortje v Attorney-General of the Cape*⁴⁵ het regter Marais die kategorisering van grondwetuitlegbenaderings bevraagteken:

[T]he approaches adopted by other Courts and constitutional lawyers to the interpretation, limitation and application of constitutionally entrenched rights are undoubtedly a valuable aid to understanding what is entailed in those processes. Logically structured and systematic approaches have an inherent appeal for lawyers. However, they remain what they are, not holy writ, but simply methodological approaches which are not necessarily the only legitimate approaches to the task ... I regard it as unwise to settle too dogmatically now upon one methodology at this very early and embryonic stage of applying our newly devised Constitution to concrete situations. Indeed, it is questionable whether it would be wise to do so at any stage.

Regter Marais se standpunt dat grondwetuitleg nie in netjiese kompartemente ingedeel moet word nie, vorm deel van die grondslag van hierdie proefskrif: in beginsel is grondwetuitleg gemoeid met die identifisering, handhawing en aktivering van die fundamentele waardes wat 'n oppermagtige grondwet onderskraag. Die tradisionele metodes van grondwetuitleg (bv doeldienende uitleg en sogenaamde *generous* uitleg)

⁴²Woolman S 'Riding the push-me pull-you: constructing a test that reconciles the conflicting interests which animate the limitation clause' (1994) *SAJHR* 60 gebruik *animate* om na 'aktivering' te verwys; McWhinney (1986) 167 beskryf hierdie *law-in-action* as *affirmative judicial review*; Rostow EV (1962) *The sovereign prerogative: the Supreme Court and the quest for law* 306 verwys daarna as 'n *affirmative theory of constitutional law, animated by the purposes and values of modern democracy*; Du Plessis LM 'Waardebepaling van 'n waardemanifes: die menseregtehandves in Suid-Afrika se finale Grondwet' (1996) 36 *Woord en Daad* 2-4 beskryf gelykheid, vryheid en menswaardigheid as 'rigtinggewende kernwaardes'.

⁴³Du Plessis (1996b) 3 verwys na die menseregtehandves as 'n 'waardemanifes' en 'n 'konstellasie' van waardes.

⁴⁴Vgl ook Basson & Viljoen (1988) 12 wat daarop wys dat die regbank verplig is om staatsregtelike beginsels binne die vereistes van 'n raamwerk van *libertarian legal values* te aktualiseer.

⁴⁵1995 2 SA 460 (K) 472F-G.

is bloot aanvullende metodes wat 'n waarde-aktiverende benadering tot grondwetuitleg ondersteun. Hierdie studie is op die sogenaamde 'liberale regsïdee' gegrond: dus, konstitusionalisme, die regstaat, beperkte regering en 'n fundamentele regtebedeling. Dit is vanuit hierdie perspektief wat grondwetuitleg ondersoek sal word. Die Suid-Afrikaanse bevolking het deur middel van 'n traumatiese politieke proses 'n keuse ten gunste van 'n oppermagtige grondwet uitgeoefen. 'n Oppermagtige grondwet is egter onlosmaaklik verbind aan die materiële regstaat. Daarom is grondwetuitleg noodwendig gemoeid met die aktivering van die grondwetlik-gepositiveerde waardes.

In hoofstuk 2 sal die konstitusiebegrip ontleed word om 'n *grundnorm*-grondwet (as die fundamentele regsnorm in die regsorde) te onderskei van 'n blote konstitusie. In die proses sal konstitusionalisme en die regstaatsbegrip bespreek word: enersyds, om klem te lê op die verhewe status van die *grundnorm*-grondwet as regstaatlike dokument, en andersyds, om die sentrale rol van die regbank as bewaker en handhawer van die normatiewe inhoud van 'n grondwet binne die materiële regstaat (bv 'demokrasie', grondwetlike waardes, fundamentele regte en die geregtigheidstaat) te benadruk.

In hoofstuk 3 sal die volgende aspekte met betrekking tot die teoretiese grondslae van wetsuitleg bespreek word:

- wetsuitlegbenaderings ten opsigte van gewone staatlke wetgewing in die algemeen, asook heersende opvattinge ten opsigte van wetsuitleg in Suid-Afrika, beide van akademici en die regbank;
- die invloed van die hermeneutiek en sekere moderne teoretiese ontwikkelings (oa die opvattinge van Dworkin, postmodernisme en dekonstruksie, en die *Critical Legal Studies*-beweging) op die wetsuitlegdiskoers;
- die noodwendige invloed wat die 1993- en 1996-Grondwette op gewone wetsuitleg sal hê, en die fundamentele waardes wat die Grondwet onderskraag;
- regterlike regsvorming (*judicial lawmaking*) tydens wetsuitleg.

Die inhiberende invloed van parlementêre soewereiniteit op die Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek en regsvorming deur die howe, word as vertrekpunt gebruik om aan

te toon dat die tradisionele wetsuitlegmetodiek nie geskik is vir die eiesoortige eise van grondwetuitleg nie, veral nie wat waarde-oordele deur die regbank betref nie.

In hoofstuk 4 sal daar op die geskiedenis van grondwetuitleg in die wye sin van die woord (oftewel 'staatsregtelike wetsuitleg')⁴⁶ in Suid-Afrika gekonsentreer word, veral ten opsigte van die rol van die regbank as beskermers van fundamentele regte en waardes, asook die mate waarin die leerstuk van parlementêre soewereiniteit die howe se grondwetlike toetsingsrol ingekort het. In die proses sal die volgende aspekte ondersoek word:

- grondwetuitleg sedert Uniewording, die konstitusionele krisis van die vyftigerjare, en die opkoms van onbeperkte parlementêre soewereiniteit na die inwerking-treding van die 1961-Grondwet;
- die Appèlhof en die beskerming van individuele vryhede gedurende die 'totale aanslag' van die tagtigerjare;
- die meer onlangse beslissings oor grondwetlike toetsing in twee van die voormalige 'onafhanklike tuislande', Bophuthatswana en Ciskei, asook die voormalige Suidwes-Afrika/Namibië voor onafhanklikheid;
- die eerste Suid-Afrikaanse beslissings oor grondwetuitleg sedert die inwerking-treding van die 1993-Grondwet in 1994.

In aansluiting by die voorafgaande hoofstuk, behels hoofstuk 5 'n tweeledige regsvergelykende oorsig:

- 'n bespreking van die uitleg van die klassieke *grundnorm*-grondwette van die Verenigde State van Amerika en Duitsland;
- 'n ondersoek na die uitleg van twee moderne grondwette (Kanada en Namibië).

Albei afdelings sal op die rol van die regbank ten aansien van fundamentele waardes in die loop van grondwetuitleg fokus. Wat die aktivering van grondwetlike waardes in

⁴⁶**Devenish GE** 'The interpretation of justiciable rights in South Africa's interim constitution' (1995) *De Jure* 249 vertaal *constitutional interpretation* met 'staatsregtelike uitleg'. In hierdie proefskrif word dit as 'n oorkoepelende begrip gebruik om die interpretasie van beide nominale konstitusies en oppermagtige grondwette in te sluit. Sien hfst 2 hieronder vir die onderskeid tussen 'konstitusie' en 'grondwet'.

'n regstaat betref, sal die uitleg van dié grondwette wat in 'n groot mate evolusionêr ontstaan het (VSA en Kanada) met dié wat na 'n traumatiese geskiedenis van ernstige skendings van menseregte (Duitsland en Namibië) tot stand gekom het, vergelyk word.

In hoofstuk 6 sal 'n breë raamwerk vir 'n 'aktivistiese' waardebaseerde benadering tot grondwetuitleg in Suid-Afrika voorgestel word. Daar sal aangetoon word dat die grondslae van so 'n waarde-aktiverende benadering reeds aanwesig is, naamlik:

- die inwerkingtreding van 'n beregbare oppermagtige grondwet (wat 'n handves van fundamentele regte insluit);
- die Grondwet bepaal uitdruklik (in art 35 van die 1993-Grondwet en art 39 van die 1996-Grondwet) dat die hove sekere fundamentele waardes tydens wets-en grondwetuitleg in ag moet neem en moet bevorder;
- afgesien van die waardes wat uitdruklik in die handves van fundamentele regte, die norme van internasionale menseregte en *ubuntu* (in die 1993-Grondwet) vervat is, is daar ook 'n reeks 'ongeskrewe' waardes (die geregtighedsgerigte beginsels van die Romeins-Hollandse reg, die natuurreg, *equity*, ens) wat 'n materiële regstaat ondersteun.

Met hierdie grondslae reeds aanwesig, sal geargumenteer word dat die regbank 'n plig het om nie net hierdie waardes in ag te neem tydens grondwetuitleg nie, maar om juis daardie waardes in die regsorde te vestig en te bevorder. In die proses word grondwetuitleg dan aan 'n teleologiese (*value-coherent*) metode van wetsuitleg gekoppel. Vanuit die raamwerk van die materiële regstaat en die 'liberale regsidee' sal daar gevolglik 'n waarde-aktiverende benadering tot grondwetuitleg voorgestel word. Binne hierdie waarde-aktiverende paradigma sal bestaande metodes en teorieë (bv doeldienende- en historiese uitleg, asook *generous interpretation*) bloot ondersteunende en sekondêre hulpmiddels tydens die aktivering en bevordering van die fundamentele waardes wees. Laastens sal die grense van só 'n waarde-aktiverende benadering bespreek word: onder andere die afweging van belange en waardes (*margin of appreciation*, proporsionaliteit en wisselwerking), balans tussen teks en konteks, *stare decisis*, en die invloed van die openbare mening, asook politieke faktore.

Die sentrale tema van hierdie proefskrif is dus dat die materiële regstaat deur 'n waardebelaaide komponent onderskraag word. Aangesien die tradisionele, dogmatiese klassifikasies van grondwetuitleg onvoldoende is om die fundamentele grondwetlike waardes ten volle te bevorder, moet dit deur 'n 'aktivistiese' benadering vervang word – waarde-aktiverende grondwetuitleg as die vergestaltung van die materiële regstaat.

Die grondwet as *lex fundamentalis*

2.1 INLEIDENDE OPMERKINGS

In hierdie hoofstuk word klassifikasies van konstitusies in die algemeen ondersoek; voortspruitend daaruit sal 'n onderskeid getref word tussen **grondwette** (wat die hoogste regsnorm (*lex fundamentalis*) in die gemeenskap beliggaam), en blote **konstitusies**; en laastens sal die plek en rol van die *grundnorm*-grondwet in 'n regstaat ondersoek word.

Op 27 April 1994 het die tussentydse Suid-Afrikaanse Grondwet in werking getree. Die eerste ware demokratiese verkiesing in Suid-Afrika se geskiedenis was in vele opsigte simbolies van die veranderinge wat plaasgevind het, en op baie terreine is 'n nuwe begin gemaak. Wat egter hier van belang is, is die moeilike en langsame konstitusionele proses van verandering vanaf parlementêre soewereiniteit na grondwetlike oppergesag. Artikel 4(1) van die 1993-Grondwet bepaal dan ook uitdruklik:

Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek en enige wet of handeling wat met die bepalings daarvan onbestaanbaar is, tensy uitdruklik of by noodwendige implikasie anders in hierdie Grondwet bepaal, nietig in die mate waarin dit aldus onbestaanbaar is.

Vir die eerste keer in die geskiedenis het Suid-Afrika 'n oppermagtige grondwet, met 'n handves van fundamentele regte,¹ en 'n regbank met uitdruklike toetsingsreg ten opsigte van die grondwetlikheid van wetgewing en owerheidsoptrede.²

¹Hoofstuk 3 (arts 7-35) van die 1993-Grondwet.

²Die beginsel van grondwetlike toetsing word telkens uitdruklik in die 1993-Grondwet gestel, oa arts 4 (oppergesag van die Grondwet), 35 (uitleg), 98 (Konstitusionele Hof en sy jurisdiksie), 101 (Hooggeregs-hof), 102 (prosedure-aangeleenthede) en 103 (ander howe), asook Grondwetlike Beginsels II, IV en VII (vervat in Bylae 4 van die Grondwet).

Een van die voorvereistes vir 'n geslaagde *rights culture* in Suid-Afrika, is die besef dat die groep, party of een of ander etnies-gebaseerde identiteit ondergeskik gestel moet word aan so 'n respek vir en aanvaarding van 'n grondwet as die simbool van nasieskap.³ In hierdie verband is die aflegging van die ampseed seker een van die mees gewigtige en treffende oomblikke tydens die inhuldiging van 'n nuwe Amerikaanse president:

I do solemnly swear that I will faithfully execute the Office of the President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States.⁴

Die Amerikaanse Grondwet is nie net volgens artikel 6(2) die *supreme law of the land* nie, maar ook die beliggaming van die strewes en norme van die gemeenskap:

For many Americans, the Document has a mystical significance; it is an object of awe and reverence that projects a religious fervor to secular life, a unifying symbol around which Americans can rally.⁵

Trouens, dit is meer as net 'n konstitusionele beginsel, maar word byna tot 'n religieuse simbool verhef:

Beyond that, Americans have never regarded the United States Constitution simply as a hierarchically superior statute, which is, by and large, how they view their state constitutions. Rather, it has been, virtually from the moment of its ratification, a sacred symbol, the most potent emblem (along with the flag) of the nation itself.⁶

2.2 KONSTITUSIE EN GRONDWET

Na so 'n lang tydperk waarin die oppergesag van die parlement so diep in beide die staatsreg en die opvattinge van individue ingeburger is, gaan hierdie paradigma-verskuiwing met baie wanbegrippe gepaard. Een van die redes hiervoor is die wisselende (en verwarrende) gebruik van die begrippe grondwet en konstitusie. **Rautenbach & Malherbe** onderskei as volg tussen die twee begrippe: 'n grondwet is

³n Positiewe stap in hierdie verband was art 227(2)(a)(i) van die 1993-Grondwet, wat bepaal het dat die Nasionale Weermag uitsluitlik in die nasionale belang sy bevoegdhede uitoefen en sy werksaamhede verrig deur oa *die Grondwet te handhaaf* (my kursivering).

⁴Art 2, §1(8) van die Amerikaanse Grondwet.

⁵Miller AS (1985) *Politics, democracy and the Supreme Court* 24.

⁶Grey TC 'The Constitution as scripture' (1984) 37 *Stanford LR* 3. Sien ook Lobel J 'Introduction: constitution mythology and progressive responses' in Lobel (red) (1988) *A less than perfect union: alternative responses on the US Constitution* 1, asook Ranney A (1975) *The governing of men* (4de uitg) 261, en Wheare KC (1964) *Modern constitutions* 113.

die wet waarin die regsreëls van die staat, owerheidsinstellings en hulle gesag, en die verhouding tussen die individu en die owerheid uiteengesit word, terwyl konstitusie wyer strek en verwys na die grondwet en alle ander staatsregtelike instrumente (insluitend gewoonte- en gemenereg).⁷ Op Engels word daar bloot na *constitution* verwys, gewoonlik sonder enige aanduiding van die status daarvan. Volgens **Sartori**⁸ is die begrip *constitution* dubbelsinnig, aangesien dit twee verskillende betekenisse dra: 'n substantiewe betekenis wat die waarborg (*garantisme*) van beperkte regering omvat, en die formele betekenis wat bloot die institusionele owerheidsraamwerk beskryf. In Duits word die onderskeid duideliker getref met *Grundgesetz* (grondwet) en *Verfassung* (konstitusie).⁹ As gevolg van die redelik onlangse klemverskuiwing is daar toenemende gevalle waar skrywers wel 'n onderskeid tref tussen grondwette (met superieure regskrag) en blote konstitusies: **Carpenter**¹⁰ onderskei tussen 'n *constitution* en 'n *supreme constitution*, terwyl **Kruger**¹¹ na 'n *grundnorm*-grondwet verwys. In verreweg die meerderheid van gevalle word daar egter nie onderskei tussen die begrippe *grondwet* en *konstitusie* nie, en word die begrippe as wisselvorme gebruik.¹²

In die lig van hierdie gebrekkige konseptualisering, onderskei **Vorster**¹³ 'n aantal sienings oor die aard, rol en funksie van 'n konstitusie:

○ **Die konstitusie as die uitdrukking van die volkswil**

Volgens hierdie siening berus die bestaan van die konstitusie en die staatsbegrip op die konstituerende mag van die staatsvolk (oftewel die *people* in 'n meer

⁷Rautenbach IM & Malherbe EFJ (1994) *Staatsreg* 17. Vorster MP 'Konstitusies' in Van Vuuren & Kriek (1982) (reds) *Politieke alternatiewe vir Suider-Afrika* 116-124 gebruik dit egter as sinonieme.

⁸Sartori G 'Constitutionalism: a preliminary discussion' (1962) 56 *American Political Science Review* 856-857.

⁹Sien oa McWinney E (1981) *Constitution-making: principles, process, practice* 8-9.

¹⁰Carpenter G 'The changing face of South African public law' (1993) *SAPR/PL* 6 en 19. Van der Pot CW & Donner AM (1983) *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (11de uitg) 154 onderskei ook tussen 'n *constitutie* en 'n grondwet.

¹¹Kruger TJ 'Regspositivisme en die "ongeskrewe teks" van die (nuwe) grondwet' (1991) *SAPR/PL* 231.

¹²Hierdie lukrake gebruik van die terminologie kom veral in die politieke wetenskappe voor. Sien Kotzé HJ & Van Wyk JJ (1980) *Basiese konsepte in die politiek* 75 waar *constitution* as *grondwet* vertaal word sonder om enigsins te verwys na enige onderskeid tussen *grondwet* en *konstitusie*, en Ranney (1975) 264 onderskei, wat die Duitse stelsel betref, tussen sg gewone reg (*Gesetz*) en konstitusionele reg (*Verfassung* of *Grundgesetz*).

¹³Vorster (1982) 116-124.

resente idioom). In moderne sin is die *pouvoir constituant* 'n nuwe wetgewende gesag wat 'n nuwe konstitusie daarstel, terwyl die *pouvoir constitué* verwys na 'n bestaande parlement wat 'n nuwe konstitusie op evolusionêre wyse deur middel van wysigings en inkorporasie tot stand bring.

○ **Die konstitusie as verdrag**

Volgens hierdie siening is die konstitusie die verdrag wat die sosiale kontrak¹⁴ binne die politieke stelsel beliggaam. Hierdie verdragsleer het nie net 'n basis vir die verdeling en begrensing van staatsmag geskep nie, maar ook

'n rasionele verklaring vir die moontlikheid van 'n staatlike samelewingsverband sowel as 'n rasionele grondslag vir die bindende werking van die mags-konstellasie wat so stand gebring word.¹⁵

○ **Konstitusie as uitvloeisel van die begrip 'konstitusionalisme'**

Hier word geargumenteer dat geskrewe konstitusies noodwendig ondersoek moet word binne die raamwerk van konstitusionalisme. Die onderliggende beginsels van konstitusionalisme gaan egter geskrewe konstitusies vooraf, terwyl die vaagheid van die begrip konstitusionalisme ook die ondersoek na hierdie samehang bemoeilik. 'n Aantal kenmerke van die begrip 'konstitusionalisme' word egter wel algemeen aanvaar. Gesagsuitoefening deur die owerheid word beheer deur 'n hoër reg wat nie deur die gesagsinstelling gemanipuleer kan word nie, terwyl 'n onafhanklike regbank verantwoordelik is vir die interpretasie en afdwinging van die reg. **Wheeler**¹⁶ wys daarop dat

constitutionalism does rely on an assumption that something like a secularized version of natural law can be discovered and applied to the problems of government, and it also relies on an assumption that certain formal structures will optimize the possibilities for doing so.

Konstitusionalisme behels nie die blote formele verhoudings tussen die verskillende owerheidsinstellings nie, maar is primêr gemoeid met die beperking

¹⁴Sien **McWhinney E** (1981) xi:

'social contract as the *Grundnorm* or authoritative starting point for a new constitutional system.'

¹⁵**Vorster** (1982) 118.

¹⁶**Wheeler H** 'Constitutionalism' in Greenstein & Polsby (reds) (1975) *Handbook of political science* (vol 5) 37.

van die owerheid se aanwending van mag. Aspekte soos geregtelike hersiening, skeiding van magte en die talle kruiskontroles (*checks and balances*) vorm alles deel van sogenaamde *limited government* as waarborg van vryheid. Dit is juis ten opsigte van hierdie beperking van mag waar die geskrewe konstitusie deel vorm van konstitusionalisme: in die moderne samelewing word al hoe meer staat gemaak op skriftelike dokumente as legitieme juridiese uitdrukkingsvorm. Tog word teëgekome dat konstitusie en konstitusionalisme tans van mekaar wegbeveeg. Enersyds is dit as gevolg van die feit dat die konstitusie nie in staat is om die konstitusionele werklikheid ten volle weer te gee nie, en andersyds, omdat feitlik alle moderne state 'n geskrewe konstitusie het, wat in die meeste gevalle geen verband met konstitusionalisme toon nie.¹⁷

○ **Konstitusie as weerspieëling van die konstitusionele werklikheid**

Hierdie standpunt sien die ware konstitusie gemanifesteer in die owerheidsstrukture en magsverhoudinge binne die politieke orde. Die werklikheid word vooropgestel, terwyl die normatiewe aspekte op die agtergrond geplaas word. Alhoewel nie die enigste voorstaander van hierdie denkrigting nie, word dit baie goed deur **Van der Hoeven**¹⁸ uiteengesit. Die konstitusie vorm bloot 'n willekeurige onderdeel van die breër staatsreg, terwyl die geloof in 'n normatiewe konstitusie op 'n misverstand berus. Die konstitusie is maar net nog 'n faktor binne die somtotaal van maatskaplike werklikhede. Alle gesagsaansprake het histories-politieke eienskappe en die ontwikkeling van die konstitusionele instellings bepaal die ontwikkeling van die konstitusie. Die konstitusie registreer slegs die bestaande verhoudings, maar kan dit nie beïnvloed nie. Gevolglik is die konstitusionaliste se ideaal om die owerheidsmag te objektiveer nie haalbaar nie, aangesien die staatsreg uit die konkrete werklikheid afgelei word.¹⁹

¹⁷Soos hieronder aangetoon sal word, is hierdie probleme toe te skryf aan die onvermoë om te onderskei tussen blote konstitusies aan die een kant, en 'n grondwet as hoogste reg in die regsorde, wat die kern vorm van konstitusionalisme en die materiële regstaatbegrip, aan die ander kant.

¹⁸**Van der Hoeven J** (1958) *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* (veral op 41, 95-96, 108 en 119).

¹⁹Hierdie standpunt ontken die normatiewe rol van 'n grondwet as *lex fundamentalis*, veral in die lig van die moderne *international human rights law* beskou. Die konstitusionele werklikheid in veral Duitsland behoort as teenwig vir Van der Hoeven se konstitusionele sinisme te dien. Sien ook verder **Boukema PJ**

○ **Konstitusie as totale organisasievorm van die staatsorde**

Hierdie siening konsentreer op die institusionele sy van konstitusies. Onder andere word daar tussen 'n wye en eng materiële konstitusie en 'n formele konstitusie aan die ander kant onderskei:

Die materiële konstitusie in die wye sin omvat die totale juridiese toestand van die eenheid en ordening van die staat; die werklikheid is hier reeds gejuridifiseer. Die materiële konstitusie in eng sin omvat al die grondliggende konstitusionele reëls waar hulle ook mag voorkom. Die konstitusie in formele sin omvat dan slegs die norme wat in die geskrewe konstitusie vervat is.²⁰

○ **Konstitusie word bloot gelykgestel aan die dokument**

Hierdie beskouing val saam met die toename in geskrewe konstitusies na afloop van die Tweede Wêreldoorlog en die gevolglike klem op die empiriese vergelyking en analises van konstitusionele dokumente in beide die staatsreg en die politieke wetenskappe.²¹ Alhoewel die intrinsieke waarde van die konstitusionele dokumente wel ondersoek word, het die wye onderzoekveld tot gevolg dat veral klem gelê word op die strukturele en formele aspekte van die dokumente. Toepassers van hierdie vergelykende analises is wel bewus van die tekortkominge van hierdie ondersoekmetode, maar aanvaar dat die blote getalle van die dokumente en die gebrek aan vergelykende analises die ondersoek regverdig. Aangesien die dokumente nie binne die staats- en regsorde waardeloos is nie, het ondersoek na die intrinsieke waarde daarvan wel 'n bestaansreg. Dit bevestig die grondgedagte van konstitusionalisme, want

die grondslae van 'n staatlike bestel kan wel gepositieer word in 'n skriftelike stuk sonder om hier noodwendig die skerp onderskeid tussen staat en gemeenskap en die vryheidswaarborg aan daardie gemeenskap te beklemtoon.²²

& Meuwissen DHM (1976) *Grondwet en grondwetsherziening - tekstenverzameling 1* xviii-xix vir 'n bespreking van Van der Hoeven se standpunte.

²⁰Vorster (1982) 122. Vroeëre werke in die politieke wetenskappe was geneig om bloot die organisatoriese aspekte en politieke oogmerke van konstitusies te beklemtoon: sien oa Charlton R (1986) *Comparative government* 2 wat verwys na 'n *organisational map*; Duchachek ID (1973) *Power maps: comparative politics of constitutions* 3 wat ondersoek instel na konstitusies as *power maps*; Finer H (1961) (4e uitg) *The theory and practice of modern government* 116 wat dit as *an autobiography of power distribution* beskryf; en Price JH (1970) *Comparative government: four modern constitutions* 44 wat 'n konstitusie bloot as *an agreed set of rules describing the organisation of the government of a country* definieer.

²¹Die bekendste hiervan is seker dié van Strong CF (1972) *Modern political constitutions* en Van Maarseveen H & Van der Tang G (1978) *Written constitutions: a computerized comparative study*.

²²Vorster (1982) 123. Soos later aangetoon sal word, is die inherente gebrek in hierdie tipe analises en klassifikasies juis daarin geleë dat alle konstitusionele dokumente voor die voet ondersoek word, sonder

○ **Konstitusies as voortdurende dialektiese proses**

Die voorstaanders van hierdie beskouing benadruk die feit dat die daarstelling van 'n konstitusie nie 'n eenmalige en geslote proses is nie, maar 'n ononderbroke geval-na-geval proses is waardeur die konstitusie inherent deel vorm van die samelewing en regsorde:

Kragtens hierdie siening vloei die daarstelling en interpretasie van 'n konstitusie in mekaar. Interpretasie kan dan nie gesien word as 'n statiese herdinkproses nie; elke interpretasie is 'n skeppingshandeling sodat interpretasie, toepassing en konkretisering moeilik onderskei kan word. Konkretisering en interpretasie is egter geen willekeurige handeling nie, maar staan in die werklikheid sodat elke interpretasie 'n werklikheidsgebonde konkretisering van 'n norm is. Interpretasie is die filter waardeur die konstitusionele werklikheid normatiewe gestalte kry en kan instroom in die konstitusie as voortdurende proses.²³

2.3 KLASSIFIKASIE VAN KONSTITUSIES

Die vergelyking en klassifikasie van konstitusies was altyd een van die gewilde akademiese vingeroefeninge van beide die vergelykende staatsreg en die politieke wetenskappe.²⁴ Vir baie jare is die tradisionele klassifikasies en ontledings in kursusse in die staatsreg en staatsleer aan Suid-Afrikaanse universiteite gevolg: die Amerikaanse handboeke het moontlik 'n grondwet met superieure regsrag as 'n gegewe aanvaar, terwyl Britse en Suid-Afrikaanse handboeke aan die ander kant konstitusies bloot vanuit die raamwerk van parlementêre soewereiniteit beskou het.²⁵

om enige onderskeid te tref tussen blote konstitusies en *grondnorm*-grondwette. In die proses word aspekte soos die normatiewe aard van die instrument, asook die voortdurende wisselwerking tussen 'n *grondnorm*-grondwet en gemeenskapsopvattinge, legitimiteitspersepsies, en die rol van die hof as bewakers van fundamentele regte óf glad nie óf uiters oppervlakkig ondersoek.

²³Vorster (1982) 123. Hierdie aspek vorm die kern van grondwetuitleg (sien hfst 6 hieronder). Vergelyk ook Wilson B 'The making of a constitution: approaches to judicial interpretation' (1988) *Public Law* 370 378 se analogie van 'n grondwet as *living tree* en Cowen (1980) 391 tov die *continuing time-frame* waarin wetgewing uitgelê behoort te word, asook Labuschagne JMT 'Die dinamiese aard van die wetgewingsproses en wetsuitleg' (1982) *THRHR* 402 403 en Labuschagne JMT 'Regsdinamika: opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses' (1983) *THRHR* 422 435 m.b.t. wetsuitleg as 'n voortdurende geval-tot-geval proses.

²⁴Sien Vorster (1982) 109-116, asook nt 19 hierbo. Sartori (1962) 857 verwys na drie definisies van 'n konstitusie: 'n blote stipulatiewe (eie, persoonlike) definisie van wat as 'n konstitusie verstaan word; 'n normatiewe omskrywing van wat 'n konstitusie behoort te wees; en 'n definisie dmv 'n klassifikasie.

²⁵Wat Amerikaanse standaardhandboeke van twee dekades gelede in die politieke wetenskappe betref: vergelyk Rodee CC, Anderson TJ & Christol CQ (1967) *Introduction to political science* (2e uitg) 64-66, waar konstitusies in weinig meer as twee bladsye behandel word met Ranney (1975) 261-279, waar daar tog op voorgraadse vlak tussen konstitusies en grondwette onderskei word. Sien ook Strong (1972) en

(a) Tradisionele klassifikasieskemas

□ James Bryce

Vergelykende konstitusionele analise het in die laat-negentiende eeu sy beslag gekry met Bryce se beroemde klassifikasies.²⁶ Hy kritiseer die destydse onderskeid tussen geskrewe en ongeskrewe konstitusies, aangesien dit nie rekening sou hou met die wisselwerking wat tussen die gemene reg en die wettereg plaasvind nie. Trouens, hy toon aan dat bogenoemde klassifikasie ooreenstem met die Romeinsregtelike onderskeid tussen *ius* en *lex*. Gevolglik sou dit meer gepas wees om te verwys na *common law constitutions* en *statutory constitutions*, aangesien dit die wisselwerking tussen wetgewing, regspraak en gemeenregtelike reëls binne die onderskeie stelsels sou akkommodeer. Tog is die onderskeid tussen hierdie 'konstitusionele stelsels' nie altyd duidelik nie: in state met *common law constitutions* word wetgewing wat die gemene reg verander of afskaf, gereeld aanvaar. Aan die ander kant het interpretasies, beslissings en gebruike tot gevolg dat die 'letter van die wet' nie meer die ware toedrag van sake weerspieël nie.

Hy stel dus 'n nuwe klassifikasie voor, waarin die verhouding van die konstitusie teenoor ander wetgewing wel in aanmerking geneem word. Die onderskeid word nou tussen buigsame en onbuigsame konstitusies getref.²⁷ In die eerste geval funksioneer die konstitusie op dieselfde hiërargiese vlak as ander staatlike wetgewing, terwyl die onbuigsame konstitusie op 'n hoër vlak as ander wetgewing funksioneer. Dit word deur 'n ander liggaam tot stand gebring en gewysig as gewone wetgewing, en indien 'n botsing tussen die konstitusie en die wetgewing van die staat ontstaan, geniet die konstitusie voorrang. In werklikheid is daar dus twee tipes wetgewing (waarvan die konstitusie verhewe en algeheel kragtiger is as die gewone wetgewing); en twee

Wiechers M (1981) *Verlore van Themaat Staatsreg* (3de uitg) 39-42 tov die Britse en Suid-Afrikaanse standaardwerke. Ook Basson DA & Viljoen HP (1988) *South African constitutional law* 32-34 volg die tradisionele klassifikasieskema. Sien verder Sartori (1962) 853-855 vir 'n kritiese ontleding van die Britse beskouings van konstitusies en konstitusionalisme.

²⁶Sien Bryce J (1905) *Constitutions* 5-94. Hierdie werk bevat 'n versameling van opstelle wat in 1901 in sy beroemde *Studies in history and jurisprudence* verskyn het.

²⁷Hy onderskei op 10-11 ter illustrasie aanvanklik tussen *moving of fluid*, en *stationary of solid or crystallized* konstitusies.

wetgewers: die een superieur en by magte om vir alle doeleindes wetgewing in die lewe te roep; die ander ondergeskik en slegs gemagtig om wetgewing uit te vaardig in soverre deur die 'hoër wetgewer' gemagtig.²⁸ Alhoewel Bryce se klassifikasie en omskrywings ietwat vaag mag voorkom, weerspieël dit egter 'n vroeë omskrywing van 'n konstitusionele instrument as *lex fundamentalis*, iets wat ongelukkig deur latere Engelse skrywers agterweë gelaat is.²⁹

□ **Kenneth Wheare**

Dit is interessant om daarop te let dat Wheare onderskei tussen konstitusies in die *eng* en *wye* sin van die woord: konstitusie in die wye sin van die woord omvat al die wetgewing, ander regsreëls, konvensies en gebruike wat betrekking het op die stelsel waardeur die gemeenskap regeer word, terwyl die eng konstitusiebegrip dui op daardie regsreëls wat die regeringstelsel reguleer en in een of meer dokumente vervat is.³⁰ Hy bou voort op Bryce se klassifikasie en onderskei ses kategorieë van konstitusies:

○ **Geskrewe en ongeskrewe konstitusies**

Wheare argumenteer dat hierdie onderskeid tussen reëls wat die owerheid reguleer wat in 'n konstitusie of 'n ander wet neerslag vind, en die ander reëls (bv gebruike en konvensies) wat nie gekodifiseer is nie, nie meer 'n bestaansreg het nie. Volgens hom bestaan die owerheidstelsel van alle lande uit 'n samesmelting van beide geskrewe en ongeskrewe regs- en nie-regsreëls. Hy argumenteer, in die lig van sy eng definisie van konstitusies, dat bloot onderskei moet word tussen lande met 'n konstitusie, en dié sonder 'n konstitusie.³¹

○ **Buigsame en onbuigsame konstitusies**

Dit verwys na die metode waardeur die konstitusie gewysig kan word. Wheare self

²⁸Sien Bryce (1905) 5-7.

²⁹Sy verwysings (op 93-94) na oa Russe, Japannese, Chinese en die sg *barbarous* stamme van Afrika spreek aan die ander kant duidelik van 'n klasse- en rassevooroordeel so tipies van die vroeë twintigste eeu.

³⁰Wheare (1964) 1-3. Ook Basson & Viljoen (1988) 31-32 onderskei in beginsel tussen 'n wye en eng konstitusiebegrip.

³¹Wheare (1964) 19-21.

bevraagteken dié klassifikasie op grond van die formele vereistes vir konstitusionele wysiging, aangesien die dominante politieke en sosiale groeperings binne die gemeenskap in elk geval die konstitusie sal wysig, ongeag watter spesiale juridiese vereistes gestel word. Hy is van mening dat die onderskeid tussen buigsaam en onbuigsaam nie op 'n spesiale prosedure om die konstitusie te wysig berus nie, maar eerder verwys na die vraag of die konstitusie as gevolg van die invloed van 'n aantal faktore gereeld en maklik gewysig kan word of nie.³²

○ ***Konstitusies met verhewe status en dié met dieselfde status as die res van die regsorde***

Volgens Wheare is hierdie 'n onderafdeling van die onbuigsaamheidskriterium. Dit behels 'n onderskeid tussen konstitusies wat nie deur die wetgewende gesag gewysig kan word nie, en dié wat wel so gewysig kan word.³³

○ ***Federale en unitêre konstitusies***

Hierdie onderskeid verwys bloot na die metodes waardeur die owerheidsgesag tussen die sentrale regering en plaaslike regeringsinstansies op territoriale basis verdeel word.³⁴

○ ***Konstitusies wat voorsiening maak vir magskonsentrasie en dié waarin voorsiening gemaak word vir skeiding van magte***

In groot mate stem hierdie verdeling ooreen met die onderskeid tussen konstitusies wat voorsiening maak vir 'n presidensiële stelsel van uitvoerende gesag en dié wat voorsiening maak vir 'n parlementêre uitvoerende gesag.³⁵

○ ***Republikeinse en monargale konstitusies***

Hy erken dat hierdie klassifikasie weinig nut het, aangesien dit bloot verwys na die titel

³²Wheare (1964) 21-24.

³³Wheare (1964) 25.

³⁴Wheare (1964) 27. Op 30 maak hy die afleiding dat federale konstitusies uit die aard van die saak onbuigsaam en superieur is, en op 32-34 verwys hy na 'n derde tipe konstitusie wat verwant is aan federasies en unies, nl die konfederasie.

³⁵Wheare (1964) 35.

van die staatshoof, terwyl die status, magte en bevoegdhede van verskillende staats-hoofde in so 'n mate verskil dat dit moeilik is om enige noemenswaardige analise daaroor te doen.³⁶

Wheare erken egter self dat klassifikasieskemas vir konstitusies beperkte waarde het, aangesien die konstitusie slegs 'n deel vorm van die reëls waaruit 'n regeringstelsel bestaan en waarvolgens dit funksioneer.³⁷ Wat die onderskeid tussen superieure en gewone konstitusies betref, wys hy daarop dat die aansprake dat sommige konstitusies met superieure regsrag in die regsorde bekleed is, op twee grondslae berus: juridiese logika en morele oorwegings. Aangesien die konstitusie gepromulgeer is deur 'n liggaam wat daartoe gemagtig is en dit dus 'n regsgeldige juridiese instrument is, is dit net logies dat, indien die konstitusie ten doel het om die magte en bevoegdhede van daardie instellings wat deur die konstitusie in die lewe geroep is, te beperk, die bepalings van daardie konstitusie 'n hoër regsrag besit as die optredes en reëls van daardie instellings. Andersins word die konstitusie tot 'n blote belaglikheid gereduseer.³⁸ In die tweede plek is die superieure regsrag van 'n konstitusie op 'n morele grondslag gebaseer: aangesien die konstitusie die wil van die nasie beliggaam, is dit moreel bindend op elke individu, mits dit nie met die beginsels van die natuurreg bots nie.³⁹

³⁶Wheare (1964) 41.

³⁷Wheare (1964) 44.

³⁸Wheare (1964) 82. Op 13-17 verduidelik hy hoekom die leerstuk van parlementêre soewereiniteit in Brittanje tot stand gekom het, en dat daar dus nie van 'n superieure konstitusie sprake kan wees nie.

³⁹Wheare (1964) 91 en 95. Op 96-97 maak hy die volgende opmerking wat veral betrekking het op die soeke in Suid-Afrika na 'n regverdige en legitieme grondwetlike bedeling:

'The moral authority which a Constitution claims and can claim is related very closely, therefore, to the structure of the community for which it purports to provide the foundations of law and order ... The whole process of so drafting a Constitution that it provides the best government of which a community is capable must be based upon the social forces operating in the community.'

❑ **Leslie Wolf-Phillips**

Wolf-Phillips klassifiseer die benaderings van Bryce en Wheare as 'tradisioneel'.⁴⁰ Hy gaan dan voort en kritiseer die meer 'moderne' alternatiewe klassifikasies van Loewenstein en Akzin.⁴¹ Hy stel sy eie herformuleerde benadering voor, wat ironies genoeg, op die Bryce/Wheare model geskoei is en nie werklik radikaal van die tradisionele uiteensetting afwyk nie. Sy eie klassifikasie behels die volgende onderafdelings:

○ **Gekodifiseerde/ongekodifiseerde konstitusies**

Hy verkies die begrippe gekodifiseer en ongekodifiseer, aangesien die onderskeid tussen geskrewe en ongeskrewe uitgedien sou wees.⁴² Indien die 'ongeskrewe' element (konvensies, regspraak ens) nodig is om betekenis te gee aan die 'geskrewe' element van 'n konstitusie (bv Brittanje), is dit syns insiens meer korrek om na 'n ongekodifiseerde of evolusionêre konstitusie te verwys.

○ **Voorwaardelike/onvoorwaardelike konstitusies**

Hierdie klassifikasie is bloot 'n herkonstatering van die tradisionele onderskeid tussen buigsame en onbuigsame konstitusies, en verwys na die spesiale prosedures al dan nie wat voorgeskryf word om die konstitusie te wysig.

○ **Verhewe/ondergeskikte konstitusies**

Hier kom die ware aard van die konstitusie ter sprake, naamlik die verhouding tussen die wetgewer en die konstitusie. Die vraag is hier bloot of die wetgewer alleen die konstitusie kan wysig, en of ander liggame of groepe ook by die wysigingsproses betrokke moet wees. Hy toon egter nie aan dat dit dus hier in beginsel oor die soewereiniteit van die wetgewer teenoor die oppergesag van die konstitusie as *grundnorm*-grondwet gaan nie, asook die spanning tussen die populêre volkswil en konstitusionalisme.⁴³

⁴⁰Wolf-Phillips L (1972) *Comparative constitutions* 10-17.

⁴¹Wolf-Phillips (1972) 29-31. In nt 89 (op 54) verduidelik hy dat die begrip *superior* verkies word bo *supreme*: lg het konnotasies van 'buite bereik', en geen konstitusie is só verhewe nie.

⁴²Die kodifikasiebegrip duik ook later op. Sien **Finer SE** (1970) *Comparative government* 146.

⁴³Hy noem egter op 33 dat superieure konstitusies gewoonlik ook voorwaardelik is, maar die kwessie van die konstitusie as *lex fundamentalis* in die staatsorde word nie verder ondersoek nie.

○ ***Buigsame/onbuigsame konstitusies***

Anders as by Bryce en Wheare verwys dit hier nie na die aard van die konstitusionele wysigingsprosedure nie, maar wel na die relatiewe gemak en frekwensie van werklike veranderinge aan die konstitusie. Dit kom egter voor of hier verwys word na buite-konstitusionele aspekte (bv politieke konsensus).

○ ***Inheemse/toevallige konstitusies***

Hier word onderskei tussen 'n konstitusie wat plaaslik ontstaan het en een wat van buite afgedwing of oorgeneem is.⁴⁴ Tereg wys hy daarop dat hierdie aspek grootliks te make het met faktore soos legitimiteit, politieke kultuur en konstitusionele stabiliteit.

○ ***Omskrewe/latente konstitusies***

Hier word bloot onderskei in watter mate daar juridiese beslag gegee word aan fundamentele politieke aktiwiteite in die praktyk, al dan nie.

○ ***Presidensiële/parlementêre konstitusies***

Hierdie onderskeid raak die vertikale magsverspreiding binne die regering, in teenstelling met die onderskeid tussen federale/unitêre konstitusies. Hy erken egter dat elke stelsel binne eie politieke konteks ondersoek moet word, aangesien die feit dat die stelsel 'n presidensiële of parlementêre uitvoerende gesag het, nie noodwendig aanleiding tot gesentraliseerde magskonsentrasie sal gee nie.

○ ***Monargale/republikeinse konstitusies***

Wolf-Phillips is van mening dat hierdie onderskeid steeds geldig is, aangesien 'n groot aantal monargieë steeds funksioneer, en tot ernstige ideologiese dispute aanleiding kan gee. In dieselfde asem erken hy egter dat daar ook onderskei kan word tussen konstitusionele monargieë en outokratiese republieke, wat streng gesproke sy eie klassifikasie waardeloos laat.

⁴⁴Die onderskeid is feitlik identies aan autochtoon/allochtoon (sien hieronder).

○ ***Bikamerale/unikamerale konstitusies***

Dit onderskei bloot tussen stelsels met wetgewende liggame wat uit een of twee kamers bestaan, asook die rol en funksie van 'n tweede kamer.

○ ***Kompeterende/konsoliderende konstitusies***

Dit verwys na die mate waarin die konstitusie kompetisie tussen wedywerende politieke kragte binne die stelsel toelaat, en of die politieke mag binne een groep of persoon gekonsolideer word. Hier gaan dit net oor die graad van vrye deelname aan die politieke proses wat deur die konstitusie toegelaat word.

○ ***Programmatiese/bevestigende konstitusies***

Die mate waarin die konstitusie toekomstige programme en voorgeskrewe optredes voorskryf; en of dit na vasgestelde en afdwingbare elemente verwys.

○ ***Beregbare/kragtelose konstitusies***

Hier word na afdwingbaarheid van die bepalings van die konstitusie verwys. 'n Verdere onderskeid word tussen organiserende konstitusies en konstitusies op konstitusionalisme gebaseer, getref. Eersgenoemde is bloot 'n institusionele raamwerk van die politieke struktuur binne die staatsbestel, terwyl laasgenoemde 'n beregbare handves van fundamentele regte en 'n aanvullende stelsel van juridiese afdwingbaarheid omvat.

○ ***Federale/unitêre konstitusies***

Hier word bloot 'n onderskeid getref tussen federale en unitêre staatsvorme.

□ **CF Strong**

Strong se boek⁴⁵ was vir dekades die standaardwerk vir studente in die politieke wetenskappe. Hyself toon egter aan dat die boek die resultaat was van 'n bepaalde behoefte aan 'n handboek vir die bestudering van die konstitusionele politiek binne die

⁴⁵Strong CF (1972) *Modern political constitutions* (8e uitg).

breër raamwerk van *historical studies*.⁴⁶ As sodanig is dit nie net 'n tradisioneel-institusionele klassifikasie nie, maar ook grotendeels op die politieke gevolge van konstitusies gefokus. Strong baseer sy sogenaamde moderne klassifikasie⁴⁷ op die feit dat die somtotaal van alle state se owerheidsmagte dieselfde is, omdat elke staat 'n soewereine politieke liggaam is. Gevolglik kan state bloot op grond van die strukturele verskille in owerheidsorganisasie van mekaar onderskei word:

○ ***Die aard van die staatsvorm waarbinne die konstitusie toepassing vind***

Weer eens is dit bloot 'n breë onderskeid tussen federale en unitêre staatsvorme, alhoewel hy tog die *supremacy* van die konstitusie waardeur die federasie tot stand gekom het, aantoon by federasies wat sogenaamd ten volle ontwikkel is.⁴⁸

○ ***Die aard van die konstitusie***

Hy meen dat die onderskeid tussen geskrewe/ongeskrewe konstitusies vals is. Indien nodig vir enige klassifikasie of onderskeid, kan daar egter na dokumentêre of nie-dokumentêre konstitusies verwys word. By die bestudering van konstitusies gaan dit eerder oor die relatiewe buigsaamheid of onbuigsaamheid van die dokument. Dit verwys bloot na die prosedure waardeur konstitusies tot stand kom en gewysig word, teenoor dié van gewone staatlike wetgewing.

○ ***Aard van die wetgewende gesag***

Strong is van mening dat 'n klassifikasie van die wetgewende gesag bloot op grond van parlementêre prosedure of die aantal huise of kamers van die wetgewende liggaam, vrugtelos is. Daar moet dus eerder gekyk word na die wyses waarop die wetgewer tot stand kom:

⇒ ***Kiesstelsels***

Stemreg: Hier word onderskei tussen algemene volwasse stemreg en gekwalifiseerde volwasse stemreg.

Tipe kiesafdelings: Strong onderskei tussen enkellidkiesafdelings en die

⁴⁶Strong (1972) ix.

⁴⁷Strong (1972) 51-67.

⁴⁸Strong (1972) 56.

verskillende vorme van proporsionele verteenwoordiging (of 'n kombinasie van die twee).

⇒ *Tipe tweede wetgewende kamer*

Daar word onderskei tussen 'n verkose of nie-verkose tweede kamer (of 'n kombinasie daarvan)

⇒ *Tipes populêre kontrole*

Die klassifikasie onderskei tussen die referendum en plebissiet (waarvan die uitslag bindend of opsioneel kan wees), die inisiatief ('n meganisme waardeur die kiesers dmv 'n petisie 'n opdrag aan die wetgewende gesag gee om 'n bepaalde maatreël in te stel), en die herroeping (waardeur kiesers die reg het om 'n verkose ampsbekleër van sy amp te onthef voordat sy ampstermyn verstryk het).

○ **Aard van die uitvoerende gesag**

Twee breë vorme van uitvoerende gesag word onderskei, naamlik parlementêre uitvoerende gesag of kabinetstelsel (waar die uitvoerende gesag direk en altyd aan die parlement verantwoordelik is), en vaste of nie-parlementêre uitvoerende gesag⁴⁹ (waar die uitvoerende gesag aan 'n wyer *body politic* verantwoordelik is en nie onderhewig is aan kontrole deur die wetgewende gesag nie, bv die presidensiële stelsel in die VSA).

○ **Aard van die regbank**

Strong is minder begaan oor die verhouding tussen die regbank en die wetgewende gesag,⁵⁰ wat uiteraard grondwetlike toetsing moet aanraak, as oor die verhouding

⁴⁹Sien **Strong** (1972) 64 waar hy aantoon dat, alhoewel die uitvoerende gesag in Nazi-Duitsland en Fascistiese Italië nie parlementêr was nie, dit in elk geval nie onder konstitusionele politiek tuisgebring kan word nie. Dit dui egter op seker die ernstigste gebrek in die tradisionele klassifikasieskemas: daar word bloot tussen konstitusionele instrumente op institusionele vlak onderskei, sonder inagneming van die relatiewe waarde daarvan binne die regsorde. In gevalle waar 'n totalitêre regime binne die raamwerk van 'n bestaande konstitusionele orde tot stand kom, of 'n diktator die *power map* dmv 'n permanente noodtoestand omseil, val dit nie binne die gerieflike vooropgestelde en voorspelbare patroon van die klassifikasie van konstitusies in die wye sin van die woord nie.

⁵⁰Sien **Strong** (1972) 247-251, waar hy wel die verhouding tussen die regbank en die wetgewende gesag bespreek. Weer eens word daar nie 'n duidelike onderskeid getref tussen 'n blote konstitusie en 'n grondwet as *lex fundamentalis* nie: enersyds koppel hy steeds die regbank se bevoegdheid tot *judicial*

tussen die howe en die uitvoerende gesag. Gevolglik tref hy 'n baie simplistiese onderskeid tussen sogenaamde *common law*-state (waar die amptenare onder die *rule of law* in presies dieselfde posisie as enige ander landsburger verkeer), en prerogatiewe state (waar lede van die uitvoerende gesag deur 'n gespesialiseerde stelsel van administratiefreg beskerm word).

□ SA de Smith

De Smith erken dat die begrip *constitution* dubbelsinnig is, maar meen dat dit nie werklik van belang is nie. Hy meen egter wel dat die begrip twee betekenis kan omvat:

- Die konstitusie as *fundamental law*, wat in formele sin die staatsorgane aandui en met mag bekleë;
- Die konstitusie as *higher law of the land*, wat in materiële sin daarop dui dat dit hiërargies 'n hoër status as ander wetgewing bekleë.⁵¹

De Smith toon dus begrip, alhoewel ietwat verwarrend, vir 'n konseptuele onderskeid tussen 'n konstitusie as blote uiteensetting van owerheidsgesag, en 'n konstitusie as *supreme law of the land*. Hy verval egter vervolgens ook⁵² weer in die tradisionele klassifikasie van konstitusies: geskrewe teenoor ongeskrewe; buigsaam en onbuigsaam; presidensieel en parlementêr (wat dui op die verhouding van die uitvoerende gesag teenoor die wetgewende gesag); veelparty- en enkelpartystelsels; federaal teenoor unitêr; en *diarchical and other constitutions* (wat dui op die skeiding van magte tussen twee of meer owerheidsorgane).

Dit blyk dus dat die vroeëre kommentators veel eerder gekonsentreer het op die formele konstitusiebegrip as op die wese van die konstitusie as *grundnorm* of *lex fundamentalis* in die regsorde. Redelik onlangs nog definieer **Finer**⁵³ 'n konstitusie in

review aan die federale staatsvorm, en andersyds aan die sg onbuigsame konstitusie.

⁵¹De Smith SA (1979) *Constitutional and administrative law* (3e uitg) 15-16.

⁵²De Smith (1979) 28-31.

⁵³Finer SE 'Notes towards a history of constitutions' in Bogdanor (red) (1988) *Constitutions in democratic politics* 17.

positivistiese sin as 'n kode van reëls wat die magte en bevoegdhede van die owerheidsinstansies reguleer, asook hulle verhouding met die publiek definieer. Ook **Koopmans**⁵⁴ onderskei bloot tussen geskrewe en ongeskrewe konstitusies enersyds, en buigsame en onbuigsame konstitusies andersyds, sonder enige aanduiding van hulle status in die regsorde.

(b) Formele en materiële konstitusiebegrip

□ Algemeen

Volgens **Van Maarseveen & Van der Tang** hou die klassifikasieskemas van konstitusies (of konstitusionele tipologie) tog 'n aantal voordele in.⁵⁵ Eerstens, hulle verbreed die kennis van konstitusies deur middel van die uitbreiding van konstitusionele konsepte, die aanvulling van nuwe metodes om konstitusies te beskryf en te verstaan, en die skepping van nuwe moontlikhede vir analise en vergelyking van konstitusies. Tweedens, klassifikasie is 'n hulpmiddel tydens die uitleg van konstitusies, aangesien die bestaansduur van 'n betrokke konstitusie 'n aanduiding kan wees van watter uitlegbenadering gevolg behoort te word.⁵⁶ Derdens kan klassifikasies wel nuttig wees tydens die opstelling van konstitusies, aangesien dit aanduidend kan wees van wat ingesluit moet word om bepaalde resultate te verkry.

Die tradisionele klassifikasieskemas van konstitusies het in groot mate die politieke strukture wat deur konstitusies vasgelê is, weerspieël. Die aard en rol daarvan was minder belangrik as die blote uiterlike struktuur daarvan, óf die politieke strukture wat daardeur afgebaken is. Dit het daartoe gelei dat skrywers toenemend gepoog het om

⁵⁴**Koopmans T** (1987) *Compendium van het staatsrecht* (5e uitg) 9.

⁵⁵**Van Maarseveen & Van der Tang** (1978) 242-4.

⁵⁶Hierdie sogenaamde voordeel moet egter bevraagteken word. Daar kan nouliks staatgemaak word op bv die ouderdom van die konstitusie om te besluit watter uitlegmetodiek gevolg moet word. Soos later aangetoon sal word, kan die problematiek rondom grondwetuitleg prinsipiël gereduseer word tot die mate van teksgebondenheid tydens die interpretasieproses: met ander woorde, in watter mate mag daar gebruik gemaak word van ekstratekstuele faktore om die ware betekenis vas te stel. Die aard van die instrument (*grundnorm*-grondwet of blote konstitusie), asook die besondere politieke- en sosiale raamwerk waarbinne dit moet funksioneer, sal 'n veel groter rol speel tov die interpretasie daarvan as die relatiewe ouderdom daarvan.

konstitusies te analiseer en te klassifiseer volgens, enersyds, die praktiese staatkundige uitwerking daarvan op die politieke proses, en andersyds, die staatsregtelike rol van konstitusies as draer van fundamentele norme binne die regsorde. Gevolglik is klassifikasieskemas toenemend onderverdeel in **formele klassifikasies** en **materiële klassifikasies**.⁵⁷ Die formele klassifikasies verwys na die formaat van die betrokke dokument: dit behels die kwantitatiewe en statiese (organisatoriese en institusionele) struktuurelemente van konstitusies, wat bloot die tegniese en meganiese elemente van die konstitusie as *instrument of government* beskryf. Só verwys **Dietze**⁵⁸ na die formele konstitusiebegrip as normvry en kwantitatief. Die materiële klassifikasies is daarop gemik om konstitusies kwalitatief volgens inhoud te analiseer en te groepeer:⁵⁹ dit behels die dinamiese (normatiewe en programmatiese) struktuurelemente van konstitusies.⁶⁰

Die tradisionele klassifikasie van konstitusies het in die verlede in groot mate bloot die organisatoriese politieke strukture, soos in die konstitusie beliggaam, beskryf, sonder om die dinamiese rol van die konstitusie binne die politieke gemeenskap en die regsorde te ondersoek. 'n Nuwe geslag politieke wetenskaplikes, maar veral skrywers oor die staatsreg, het begin om konstitusies binne die normatiewe karakter daarvan te ontleed en te klassifiseer.⁶¹ nou het die onderskeid tussen 'n blote konstitusie en 'n grondwet as *lex fundamentalis* na vore begin tree.

⁵⁷Ook **Couwenberg** (1991) 41 onderskei tussen die konstitusie in formele sin (die juridiese dokument waarin die konstitusionele beginsels, reëls en instellings gekodifiseer is) en die materiële konstitusiebegrip (wat dui op die beginsels, instellings en reëls wat die grondslae, struktuur en funksionering van 'n staatkundig-georganiseerde samelewing bepaal).

⁵⁸**Dietze G** (1973) *Two concepts of the rule of law* 49.

⁵⁹Sien oa **Van Maarseveen & Van der Tang** (1978) 247.

⁶⁰Indien die betrokke konstitusie die hoogste reg binne die regsorde beliggaam, omvat dit ook die materiële regstaatbegrip, wat wyer strek as 'n blote formele regstaatbegrip. Sien ook 2.4 hieronder.

⁶¹Daar sal egter nie gepoog word om die standpunte en argumente van sommige gesaghebbende skrywers wat hieronder volg, in 'n kunsmatige formele en materiële tipologie te dwing nie. Daar word ook nie daarop aanspraak gemaak dat die lys van skrywers noodwendig volledig is nie. Die bespreking sal bloot poog om die onderskeid tussen konstitusies en grondwette te fundeer.

❑ **Karl Loewenstein**

Loewenstein was instrumenteel in die bevraagtekening van die tradisionele klassifikasies van konstitusies, en verwys na die blote institusionele en funksionele verdeling van owerheidsgesag as die *form of government*.⁶² In 'n latere werk kritiseer hy die tradisionele klassifikasieskemas van konstitusies as ontoereikend.⁶³ In die plek daarvan stel hy 'n ontologiese klassifikasie voor, wat die analise van inhoud en substansie van konstitusies vermy. Die ontologie van konstitusies is 'n ondersoek na die mate waarin die realiteite van die politieke magsproses ooreenstem met die norme van die konstitusie. Met ander woorde, wat is die ware betekenis van die geskrewe dokument binne 'n bepaalde nasionale omgewing? Die vraag word gevra: wat is die onderskeid tussen die nominale en werklike waarde van die konstitusie? In watter mate bevredig dit die aspirasies van die gemeenskap?⁶⁴ Hy onderskei dan tussen drie tipes konstitusies.⁶⁵

○ **Normatiewe konstitusies**

Dit beteken dat die konstitusie nie net alleen regsgeldig moet wees nie, maar ook lewend: ten volle geaktiveer, effektief, én geïntegreer in die gemeenskap. Die norme in die konstitusie beliggaam, beheer die politieke proses wat by die norme moet aanpas.

○ **Nominale konstitusies**

Alhoewel hierdie tipe konstitusie regsgeldig is, is dit nog nie 'n aktiewe, geïntegreerde en eksistensiële realiteit binne die gemeenskap nie. Dit is nog net 'n konstitusionele deklarasie van voorneme en 'n bloudruk vir die toekoms.

⁶²Loewenstein K 'The value of constitutions in our revolutionary age' in Zurcher (red) (1955) *Constitutions and constitutional trends since World War II* 201.

⁶³Loewenstein K (1957) *Political power and the governmental process* 136-140. Op 140-144 tref hy egter ook 'n onderskeid tussen oorspronklike en afgeleide (*derivative*) konstitusies (wat ooreenstem met die outohtone/allohtone onderskeid), en tussen ideologiese, programmatiese en utilitêre konstitusies.

⁶⁴Loewenstein (1955) 193 en Loewenstein (1957) 147-8. Van Maarseveen & Van der Tang (1978) 246 en Wolf-Phillips (1972) 29 kritiseer Loewenstein se klassifikasies as subjektief en ideologies-geïnspireerd.

⁶⁵Loewenstein (1955) 204-6 en Loewenstein (1957) 148-149.

○ **Semantiese konstitusies**

Hierdie tipe konstitusie is geaktiveer en in volle werking. Dit funksioneer egter as 'n formalisering van (dek mantel vir) die *status quo*. Dus is dit 'n instrument vir die voortsetting en stabilisering van die bestaande magskonfigurasie. As sodanig is dit positivisties, aangesien dit deur middel van semantiese kamouflering ten doel het om 'n bestaande orde in stand hou.

Loewenstein wys daarop dat die realiteite van die politieke proses telkens tydens enige konstitusie-analise ondersoek moet word, aangesien nominale en semantiese konstitusies altyd aanspraak maak op 'n normatiewe karakter.⁶⁶ In aansluiting hierby onderskei **Sartori**⁶⁷ ook tussen drie tipes konstitusies: die ware (*garantiste*) konstitusie, wat die grondslag vorm van die konstitusionele staat; die nominale konstitusie, waarin die gees (*telos*) van konstitusionalisme ontbreek en 'n *prerogative state*, met onbeperkte mag, wat deur die konstitusie gelegitimeer word; en die fasade-konstitusie, wat voorgee om 'n ware konstitusie met waarborge daar te stel, welke waarborge niks beteken nie aangesien dit eenvoudig geïgnoreer word.⁶⁸

□ **Van Maarseveen & Van der Tang**

Volgens hierdie skrywers is daar slegs twee geldige klassifikasies van konstitusies: formele en materiële klassifikasies.⁶⁹ Formele klassifikasies is gebaseer op die formele en eksterne aspekte van die dokument. Die onderskeidende formele kenmerke is die lengte van die dokument, enkeldokumentêre en multidokumentêre konstitusies,⁷⁰ die

⁶⁶Loewenstein (1957) 150.

⁶⁷Sartori (1962) 861.

⁶⁸Couwenberg (1991) verwys ook na Loewenstein se onderskeid tussen die normatiewe grondwetidee, 'n nominale konstitusie (analoog aan die formele konstitusiebegrip), en die semantiese konstitusie (wat blote propaganda is). Sien ook **Friedrich CJ** 'Political theory of new democratic constitutions' in Zürcher (red) (1955) *Constitutions and constitutional trends since World War II* 17 m.b.t. fasade-konstitusies.

⁶⁹Van Maarseveen & Van der Tang (1978) 247. Op 248-249 word daar vlugtig verwys na 'n aantal uitgediende klassifikasies van konstitusies: *charte octroyée* en *charte non-octroyée* (afkomstig uit die negentiende-eeuse Franse konstitusionele literatuur), Europese en Amerikaanse tipes konstitusies, moderne en klassieke konstitusies, en buigsame en onbuigsame konstitusies.

⁷⁰Op 251 erken die skrywers dat die kwessie van die aantal dokumente as klassifikasiekriterium moeilik en gevaarlik is. Brittanje is die tipiese voorbeeld, aangesien 'n aantal wette 'n baie belangrike rol in die Britse staatsreg speel, waarvan die *Magna Carta* van 1215, die 1688 *Bill of Rights* en die *Act of Settlement*

insluiting van 'n voorrede, en of die konstitusie in hoofstukke en afdelings ingedeel is. Materiële klassifikasies word gebaseer op die inhoud van die dokument, en is dus kwalitatief van aard. Van Maarseveen & Van der Tang wys daarop dat hierdie klassifikasies in mindere of meerdere mate spekulatief van aard is en tot verskillende definisies en toepassings, en gevolglik tot groter insig, aanleiding kan gee. Hulle onderskei dan ook tussen die volgende materiële klassifikasies van konstitusies:⁷¹

○ ***Oop en geslote konstitusies***

Indien 'n konstitusie die stel norme waaraan politieke instellings en optredes moet voldoen, volledig uiteensit, staan dit bekend as 'n normatief-geslote konstitusie. Die betrokke bepalings kan nie deur verdere wetgewing uitgebrei word nie. Slegs die regbank kan hierdie konstitusionele norme interpreteer, toepas en uitbrei. 'n Normatief-oop konstitusie laat die uitbreiding van konstitusionele norme aan verdere wetgewing oor.

○ ***Normvae en normkonkrete konstitusies***

Hierdie klassifikasie het te doen met die vlakke van abstraksie van die norme wat in die konstitusie vervat is: die relatiewe vaagheid van die norme hang ten nouste saam met die vlak van abstraksie daarvan. Normkonkrete konstitusies verskaf gedetailleerde riglyne wat onmiddellik toepasbaar is, terwyl normvae konstitusies bepalings bevat wat blote rigtingwysers is wat aangevul en uitgebrei moet word. Alhoewel normvae konstitusies tot teenstrydighede en botsende reëls aanleiding kan gee, bied hulle wel die geleentheid vir uitbreiding, aanvulling en interpretasie.

○ ***Konsoliderende en programmatiese konstitusies***

Konsoliderende (statiese) konstitusies aanvaar en bevestig die politieke werklikhede van die *status quo*, terwyl programmatiese konstitusies programme en doelwitte voorsien wat ontwikkeling in 'n sekere rigting moet stimuleer. Alhoewel beide tipes

van 1701 seker die bekendste is. Hierdie wetgewing is konstitusionele dokumente. Die vraag of Brittanje geen konstitusie of 'n ongekodifiseerde multidokumentêre konstitusie het, sal daarvan afhang of 'n substantiewe of formele definisie van 'n konstitusie gebruik word.

⁷¹Van Maarseveen & Van der Tang (1978) 254-260.

bindend en normatief van aard is, verskil hulle ten opsigte van direkte toepasbaarheid en afdwingbaarheid.

○ ***Aanwysende en nie-aanwysende konstitusies***

Hierdie klassifikasie hang ten nouste saam met die vorige een: 'n aanwysende of 'aksie' konstitusie is primêr op die daarstelling van beleidsdoelwitte, en die regulering van politieke en administratiewe optredes gemik. 'n Nie-aanwysende of 'status' konstitusie lê nie riglyne en norme vir politieke optrede neer nie, maar bepaal bloot die grense van en perke vir magsverdeling.

○ ***Institusionele en funksionele konstitusies***

'n Institusionele konstitusie is beperk tot die organisasie van die onderskeie staatsinstellings en die toewysing van magte en bevoegdhede. 'n Funksionele konstitusie, daarenteen, onderskei nie net tussen die wetgewer, regbank en uitvoerende gesag nie, maar konsentreer ook op die uiteensetting en toewysing van die substantiewe bevoegdhede en verpligtinge wat daarmee verband hou.

○ ***Oppermagtige en nie-oppermagtige konstitusies***

Indien 'n konstitusie die hoogste reg in die regsorde is (en soms ook die raamwerk is waarteen ander regsreëls getoets word), is dit 'n oppermagtige konstitusie, terwyl 'n nie-oppermagtige konstitusie op dieselfde hiërargiese vlak as ander wetgewing in die regsorde verkeer.⁷²

○ ***Voorwaardelike en onvoorwaardelike konstitusies***

Hierdie klassifikasie is geformuleer in reaksie op Bryce se tradisionele onderskeid tussen buigsame en onbuigsame konstitusies. Volgens hierdie klassifikasie is 'n onbuigsame konstitusie bo gewone staatlike wetgewing verhewe en kan dit nie bloot deur die wetgewer gewysig word nie. Dié klassifikasie het egter tot verwarring aanleiding gegee. Waar Bryce dit oorspronklik op die konstitusionele orde as geheel

⁷²Vorster (1982) 137 verwys hierna as *sg dog law status*.

van toepassing gemaak het, het dit ontwikkel tot 'n ondersoek na die wysigingsprosedures van konstitusies, asook 'n onderskeid tussen stabiele en brose konstitusies. As gevolg van Wolf-Phillips se klassifikasie van konstitusies as voorwaardelik en onvoorwaardelik was die vraag nou of die konstitusie self spesiale vereistes en prosedures vir konstitusionele wysiging voorskryf of nie.⁷³

○ **Oorspronklike en afgeleide konstitusies**

Die skrywers erken dat hierdie tipologie beperkte waarde het, aangesien alle konstitusies in mindere of meerdere mate op historiese grondslae gebaseer is. Verder word erken dat die onderskeid gevaarlik kan wees. Dié klassifikasie sal noodwendig op waarde-oordele gebaseer wees, aangesien dit nie maklik is om 'n empiriese ondersoek te doen na die vraag of 'n konstitusie werklik oorspronklik is en nuwe uitgangspunte het nie.⁷⁴ Volgens die skrywers is hierdie tipologie tog nuttig, aangesien dit 'n riglyn tydens die uitleg van konstitusies kan bied. Met ander woorde, moet 'n konstitusie onafhanklik of in die lig van ander voorafgaande konstitusies uitgelê word?⁷⁵

○ **Outohtone en allohtone konstitusies**

Hierdie klassifikasie onderskei tussen dié konstitusies wat op eie bodem ontstaan het (outohtoon) en dié wat van buite afgedwing of geleen is (allohtoon). Volgens die skrywers is dié onderskeiding veral van belang by die verhouding tussen die konstitusie en die res van die staatlike reg. In die geval van 'n allohtone konstitusie mag daar wrywing en konflik ontstaan tussen die staatsreg en die res van die regstelsel, aangesien die konstitusie gebaseer is op vreemde regsbeginnels. Die legitimiteit van die konstitusie in die regsorde kom dus veral ter sprake. Alhoewel die skrywers tog aantoon dat allohtone konstitusies met verloop van tyd deur middel van toepassing en

⁷³Die gemak waarmee 'n konstitusie gewysig kan word, is egter 'n politieke kwessie.

⁷⁴Hierdie argumente toon weer eens hoe onbelangrik formele klassifikasies (wat op empiriese ondersoeke gebaseer is) werklik by die formulering van 'n metodologie van grondwetuitleg is. Waarde-oordele is onlosmaaklik deel van grondwette en grondwetuitleg.

⁷⁵In die lig van die uiters belangrike rol wat *international human rights law* in die hedendaagse grondwetuitleg en -praktyk speel, asook 'n aspek soos die *margins of appreciation*, is 'n regsvergelykende ondersoek tydens grondwetuitleg nie net onvermydelik nie, maar ook uiters belangrik en noodsaaklik (sien veral ook arts 35(1) en 39(1) van onderskeidelik die 1993-Grondwet en 1996-Grondwet in hierdie verband, asook hfst 5 hieronder). Gevolglik is hierdie klassifikasie uitgedien en feitlik nutteloos.

wysiging wel binne die regsorde sal aanpas, gaan hierdie analise mank aan 'n begrip van die rol en status van 'n konstitusie wát die *lex fundamentalis* in die regsorde is. Indien die konstitusie die hoogste reg beliggaam (en dus waarlik grondwet is), is dit juridies afdwingbaar en moet die res van die regsorde en staatlike reg daarby aanpas, en nie andersom nie. Toegegee, faktore soos die konstitusionele geskiedenis en die aard van die staatlike regstelsel sal noodwendig die uiteindelijke uitleg en toepassing van die grondwet in 'n bepaalde unieke situasie in die regsorde bepaal. Ontwikkeling en aanpassing (in die lig van oa gemeenskapsopvattinge binne die regsorde) is 'n noodsaaklike komponente van grondwetdinamika.⁷⁶

(c) Onderskeid tussen grondwet en konstitusie

□ Algemeen

Dit blyk duidelik uit die ondersoek tot dusver dat rigiede konstitusionele klassifikasies verskeie standpunte en dissiplines verteenwoordig, maar skaars 'n behoorlike onderskeid tref tussen die materiële en formele aspekte wat in konstitusionele dokumente beliggaam is. Alhoewel al die faktore wat ondersoek is wel 'n rol in die staatsreg en politieke wetenskap speel, word byna al hierdie rigiede klassifikasies deur één algemene tekortkoming gekenmerk: naamlik, dat alle geskrewe konstitusies by die ondersoek betrek word, sonder inagneming van die status van die betrokke dokument en die normatiewe rol wat dit in die regsorde speel. Loewenstein probeer wel om 'n steriele tipologie te vermy, maar slaag egter net daarin om die normatiewe tekortkominge van die tradisionele klassifikasieskemas te ontbloot. Uiteindelik ontbreek die onderskeid tussen 'n blote geskrewe konstitusie (as formele institusionele *power map*) en 'n *grundnorm*-grondwet (as die handhawer van die waardes en norme⁷⁷ binne

⁷⁶Wat handveste van fundamentele regte betref, kan moderne konstitusies nouliks in isolasie ontstaan, veral omdat *international human rights law* beskou kan word as die grondslag van die beskerming van fundamentele regte in hedendaagse regsordes. Sien veral **Botha NJ** 'International law and the South African interim constitution' (1994) *SAPR/PL* 245 op 247-252.

⁷⁷Die belangrike status van norme binne 'n grondwet word as volg deur **Jaconelli J** (1980) *Enacting a Bill of Rights* 1 saamgevat:

'By a "Bill of Rights" we mean a document (whether taken in isolation or as part of a comprehensive written constitution) which embodies what are considered to be the fundamental moral rights of the citizens of a particular state.'

die samelewing en die regsorde) nog steeds. 'n Latere geslag skrywers het egter wel vanuit die raamwerk van konstitusionalisme begin om tussen konstitusies in die algemeen, en 'n grondwet as die *lex fundamentalis* binne die regsorde, te onderskei.

□ **Edward McWhinney**

Hy onderskei tussen die sogenaamde *law-in-books* (die blote nominale konstitusie) enersyds, wat bestaan uit die konstitusionele beginsels wat in die dokument opgeneem is, wat programmaties-simbolies van aard is, met 'n ideologiese verklaring van beginsels, en die *law-in-action* (die normatiewe konstitusie) andersyds, wat die konkrete, praktiese toepassing en dus 'n funksionele en operasionele bloudruk is. In die proses toon hy aan dat die grondwet (*Grundgesetz*) nie net 'n blote konstitusie (*Verfassung*) is nie, maar gegrond is op die *grundnorm* van regsoewereiniteit.⁷⁸ In sy uiteensetting van vyftien beginsels van grondwetskepping is dit veral twee beginsels wat die kern van die materiële konstitusiebegrip aanspreek:

A constitution is not a railway excursion ticket, good for one journey only, on one particular day and to one particular place; but is intended to endure, if not for the ages then at least for a certain term of years ... The text of a constitutional charter should have a lapidarian quality, or built-in element of generality that facilitates its continuingly creative adaptation, through time ... to changing societal needs and expectations.⁷⁹

Volgens hom is die *grundnorm* van regsoewereiniteit nie net die gesaghebbende beginpunt van enige regsorde nie, maar ook die hoogste bron van staatsgesag.⁸⁰ Die grondwet is dinamies-instrumenteel en normatief. Binne die raamwerk van 'n oppermagtige grondwet is die vraag dus nie meer of grondwetlike toetsing toegepas moet word nie, maar wel in watter mate en volgens watter waardes.⁸¹

□ **Mauro Cappelletti**

Cappelletti beskryf die wese van die grondwet as *lex fundamentalis*, en die onderwer-

⁷⁸McWhinney (1981) 8-9.

⁷⁹McWhinney (1981) 134-135.

⁸⁰McWhinney (1986) 114.

⁸¹McWhinney (1986) 270.

ping van alle ander wetgewing aan die grondwet deur die regbank, as volg:

Laws change, but the Law must remain, and with it the fundamental values; a law which contravenes that Higher Law is not a law at all ... The Law also changes, and even the fundamental values are mutable.⁸²

Hy wys dan ook op die drie stadia in die ontwikkeling van 'n grondwet.⁸³

- die geskrewe konstitusie (grondwet) as kodifikasie van individuele en sosiale waardes;
- die onbuigsame karakter van die grondwet deur middel van die verskansing van die *superior law* en die waardes wat daarin beliggaam is;
- die waarborg en handhawing van die grondwet deur 'n onafhanklike regbank deur middel van 'n konkretisering daarvan in die praktiese werklikheid: die statiese bepalings word geanimeer en aangepas by die omstandighede van die alledaagse lewe.⁸⁴ Binne die raamwerk van die grondwet en die howe se toetsingsreg vind 'n sintese tussen die abstrakte en oneffektiewe ideale van die natuurreg en die konkrete bepalings van die positiewe reg plaas. Die grondwet beliggaam dus die positivering van hoër ideale en waardes, terwyl daardie waardes praktiese effek deur grondwetlike toetsing kry.

Daar is dus geen middeweg nie: óf die dokument as grondwet is die hoogste reg in die regsorde, en onveranderbaar deur middel van die gewone prosesse, óf dit is 'n blote konstitusie, op dieselfde vlak as ander wetgewing.⁸⁵ Die grondwet beliggaam dus die oppergesag van sekere hoër waardes en beginsels, wat in geskrewe vorm gepositiveer is, en deur die regbank teenoor ander wetgewing afgedwing word.⁸⁶ 'n Grondwet is egter nie beperk tot 'n vaste definisie van wat die is reg nie, maar bevat breë beginsels en programme vir toekomstige optrede, en vereis dus 'n fyner en hoër vlak van diskresie tydens die uitleg daarvan.⁸⁷

⁸²Cappelletti (1971) vii.

⁸³Cappelletti (1971) viii-x.

⁸⁴Hierdie ontwikkeling vanaf die statiese na die funksionele word ook tov *judicial lawmaking* by gewone wetsuitleg deur Labuschagne (1983) 422ff beklemtoon. Sien ook hfst 3 hieronder.

⁸⁵Cappelletti (1971) 26. Sien ook 28-43 vir die klassieke opvattinge oor die *higher law*-beginsel.

⁸⁶Cappelletti (1971) 42.

⁸⁷Cappelletti (1971) 63.

❑ **Brewer-Carías**

Hy beklemtoon die band tussen die grondwet se hoër regs-krag en die regbank se grondwetlike toetsingsreg. Die status van 'n grondwet berus op drie faktore:

- die geskrewe grondwet is die superieure en fundamentele wet in die regsorde, met hoër regs-krag as ander wetgewing;
- dit het 'n onbuigsame karakter, sodat grondwetwysigings slegs op buitengewone wyses aangebring kan word;
- die grondwet stel 'n regsproses daar waardeur die grondwetlike heerskappy teenoor ander wetgewing gewaarborg word.⁸⁸

Die verhewe regs-krag van die grondwet verwys nie net na die grondwetlike norme wat in die dokument vervat is nie, maar die konsep omvat al daardie waardes wat as fundamenteel binne 'n bepaalde gemeenskap beskou word. Hier speel die regbank 'n wesenlike rol. Grondwetlike toetsing is nie die uiteindelijke gevolg van die regstaat nie, maar vorm 'n onontbeerlike deel van die beginsel van die grondwet as die hoogste reg in die gemeenskap. Dit beheer alle fasette van die samelewing en verleen legitimiteit aan die hele regsorde. Die inhoud van die grondwet het dus normatiewe eienskappe wat die owerheid en die individu bind.⁸⁹ In dié verband steun hy op die bekende aanhaling uit *Trop v Dulles*:⁹⁰

The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorise and limit governmental powers in our nation. They are rules of government. When the constitutionality of of an Act of Congress is challenged in this court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advice.

⁸⁸ **Brewer-Carías AR** (1989) *Judicial review in comparative law* 1.

⁸⁹ **Brewer-Carías** (1989) 95-97.

⁹⁰ (1958) 356 US 86.

2.4 DIE GRONDWET EN REGSTAAT

(a) Algemeen

Die aanhef tot die 1993-Grondwet van Suid-Afrika verwys uitdruklik na 'n **regstaat**:

Nademaal daar 'n behoefte bestaan om 'n nuwe bestel te skep waarin alle Suid-Afrikaners geregtig sal wees op 'n gemeenskaplike Suid-Afrikaanse burgerskap in 'n soewereine en demokratiese regstaat waarin daar gelykheid tussen mans en vroue en mense van alle rasse is sodat alle burgers in staat is om hulle fundamentele regte en vryhede te geniet en uit te oefen; ...

Die begrip regstaat is nie altyd maklik vertaalbaar nie: **Brewer-Carías**⁹¹ probeer om die Duitse *Rechtsstaat* te vertaal met *état de droit*, *règne de la loi* of *limitation des gouvernants* (Frans), *estado de derecho* (Spaans), *stato di diritto* (Italiaans) en *law state* (Engels).⁹² In die Engelse teksweergawe van die aanhef tot die 1993-Grondwet word regstaat met *constitutional state* vertaal.

Van Wyk⁹³ is van mening dat die begrip regstaat nie na 'n staatsvorm verwys nie, maar 'n stel normatiewe beginsels wat binne 'n bepaalde staatsvorm optimaal verwesenlik kan word. Die regstaatsbegrip is in die Duitse konstitusionele geskiedenis ontwikkel en verfyn.⁹⁴ Alhoewel die regstaatsbegrip 'n 'oop' konsep is wat kan ontwikkel, is die inhoud en omvang van die begrip in 'n groot mate gekonsolideer⁹⁵ met die aanvaarding van die Duitse grondwet in 1949. Tans word die regstaatsbegrip gekoppel aan 'n regsorde geregleer deur 'n oppermagtige grondwet. Dit was egter die ontwikkeling van die regstaatsbegrip wat uiteindelik die konstitusiebegrip beïnvloed het, en nie andersom nie.⁹⁶

⁹¹**Brewer-Carías** (1989) 2.

⁹²Ook **Basson & Viljoen** (1988) 219-221 vertaal *Rechtsstaat* as 'n *Law State*.

⁹³**Van Wyk DH** 'Kultuur, staat, reg - kultuurstaatsreg?' (1990) *Stell LR* 183.

⁹⁴Sien oa **Van Wyk DH** 'Suid-Afrika en die regstaatsidee' (1980) *TSAR* 152-157 en **Blaauw LC** 'The *rechtsstaat* idea compared with the rule of law as a paradigm for protecting rights' (1990) *SALJ* 78-81 vir 'n oorsig van die ontwikkeling van die regstaatsbegrip in Duitsland.

⁹⁵Sien ook **Friedrich CJ** (1974) *Limited government: a comparison* 127. **Dietze** (1973) 11 wys daarop dat alhoewel daar in 'n regstaat verskillende grade van reg en staat kan wees, eg altyd voorrang geniet bo lg.

⁹⁶Sien **Van Wyk** (1980a) 152 nt 2 en **Kommers DP** (1989) *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 43.

Die regstaatbegrip moet egter van die tradisionele *rule of law*-begrip onderskei word,⁹⁷ alhoewel dit ooreenstem met die wye *rule of law*-begrip (veral soos gebruik deur Anglo-Amerikaanse skrywers). **Walker**⁹⁸ omskryf die wye *rule of law*-begrip as volg:

The rule of law doctrine is not in itself a rule of law, but neither is it a mere principle of political action, as some critics suggest. It is more a statement of constitutional and juridical principle, a juristic reserve, an idea of a profound legality superior, and possibly anterior, to positive law.

Ook **Kommers**⁹⁹ vertaal *Rechtsstaatlikheid* met die wye *rule of law*-begrip, terwyl **Wiechers** die legaliteitsbeginsel en regstaatlikheid in die konteks van die wye *rule of law*-begrip gebruik.¹⁰⁰ **Henning**¹⁰¹ koppel ook die (wye) *rule of law*-begrip aan regstaatlikheid, omdat die beskerming van die individu teen owerheidswillekeur die basis van die regstaat vorm.

(b) Die rol van konstitusionalisme

Konstitusionalisme behels die balans tussen die beginsels van vryheid en gelykheid teenoor mag;¹⁰² dit wil sê, beperkte regering. Volgens **Karpen**¹⁰³ is konstitusionalisme se primêre doel die beskerming van die individu se vryheid deur middel van verteenwoordigende demokrasie, die verdeling van staatsgesag en onskendbare regte.

⁹⁷Sien oa **Basson & Viljoen** (1988) 219-224, **Van Wyk** (1980a) 156-157, **Cowling MG** 'Judges and the protection of human rights in South Africa: articulating the inarticulate premiss' (1987) *SAJHR* 178-183, **Blaauw** (1990) 88-96 en **Kruger J** 'Regstaat, kultuurstaat, welvaartstaat: 'n nuwe staatsmodel?' (1994) *Stell LR* 19-20 in dié verband. Sien ook **Carpenter G** (1987) *Introduction to South African constitutional law* 84-92 vir 'n oorsig van die tradisionele *rule of law*-begrip.

⁹⁸**Walker G de Q** (1988) *The rule of law: foundation of constitutional democracy* Melbourne University Press 3. Wat die *rule of law*-begrip betref, onderskei hy op 3-6 tussen drie algemene omskrywings: *rule of law* is te vinde in enige staat met wet en orde in plaas van anargie; die *government under law* of *rule-book*-benadering, waarvolgens die owerheid nie slegs deur middel van regsreëls optree nie, maar ook onder die reg staan wat deur 'n onafhanklike regbank gehandhaaf word; en die *rights*-benadering, waarvolgens die substantiewe inhoud van wetgewing getoets word aan sekere norme en waardes. Sien ook **Sanders AJGM** 'Die rule of law - 'n gemeenskaplike Westerse gedragskode' (1971) *THRHR* 164ff.

⁹⁹Sien **Kommers** (1989) 59, asook **Stern** (1981) 245, vir die kenmerke van die omvattende (wye) *rule of law*-begrip. **Karpen** (1988) 173 verwys op sy beurt na die *rule of law-state*.

¹⁰⁰**Wiechers M** (1985) *Administrative law* 15.

¹⁰¹**Henning PJ van R** (1967) *Oor die begrip diskresie in die administratiefreg* LLD-proefskrif UNISA 333.

¹⁰²**Cachalia A, Cheadle H, Davis D, Haysom N, Meduna P & Marcus G** (1994) *Fundamental rights in the new constitution* 3.

¹⁰³**Karpen** (1988) 170.

Moderne konstitusionalisme berus op drie basiese vertrekpunte:

- Die konstitusie is terselfdertyd die simbool en instrument van konstitusionalisme.¹⁰⁴ Die owerheid word in die uitoefening van sy magte en bevoegdhede deur die konstitusie beperk: magsuitoefening word omskryf en prosedures voorgeskryf.¹⁰⁵ Sodanige mag moet slegs volgens die voorskrifte en beperkings van die konstitusie uitgeoefen word. Aldus **McIlwain**:¹⁰⁶
[T]he concept of limited power, of restraints upon not only the exercise but also the proper objects of power is central to any understanding of constitutionalism.
- Konstitusionalisme het 'n normatiewe onderbou; dit wil sê, dit is voorskriftelik van aard. Hierdie normatiewe beginsels is gebaseer op 'n wye verskeidenheid van morele, etiese, godsdienstige en filosofiese denkrigtings, én moontlik meer onlangs, die beginsels vervat in die *international human rights law*.¹⁰⁷
- 'n Onafhanklike regbank speel 'n kardinale rol as handhawer van grondwetlike beperkings op owerheidsoptrede. Aangesien 'n grondwet die institusionalisering van magsverhoudings behels, is dit 'n buitengewone vorm van wetgewing, wat slegs deur 'n kragtige en onafhanklike regbank afgedwing en gehandhaaf kan word.¹⁰⁸

Dit wil dus voorkom of moderne opvattinge oor konstitusionalisme baie ooreenstem met die materiële konstitusiebegrip. **Kommers** verwys na die 'nuwe konstitusionalisme' wat in die Duitse Grondwet van 1949 van weerspieël word: die dwingende regskrag van fundamentele regte; die beskerming van die wese van 'n vrye demokratiese bestel; en die spesiale rol van die Federale Konstitusionele Hof as beskermmer van hierdie konstitusionalisme.¹⁰⁹ **Dietze** omskryf dan ook die regstaat binne die raamwerk van konstitusionalisme of *constitutional government*.¹¹⁰ Verder word die konstitusionalisme van

¹⁰⁴**Hiemstra VG** 'Suid-Afrika terug in die wêreld langs die weg van die regstaatbeginsel' (1985) *TSAR* 1 op 2.

¹⁰⁵**Andrews WG** (1963) *Constitutions and constitutionalism* 13.

¹⁰⁶**McIlwain** (1947) 21-22.

¹⁰⁷**Sien Walker** (1988) 11-14; **Dugard J** (1994) *International law: a South African perspective* 349-350.

¹⁰⁸**Friedrich** (1974) 123-127.

¹⁰⁹**Kommers DP** 'German constitutionalism: a prolegomenon' (1991) *Emory LJ* 839.

¹¹⁰**Dietze** (1973) 6. **Blaauw** (1990) 77 reken dat konstitusionalisme besig is om dieselfde betekenis as die regstaatbegrip te verkry, terwyl **Carpenter** (1987) 83 dieselfde betekenis aan beide begrippe heg. Ook **Van der Vyver JD** 'Constitutional options for post-apartheid South Africa' (1991) 40 *Emory LJ* 765 stel

die Duitse grondwet in drie kernbeginsels saamgevat: die oppermag van die grondwet; die normatiewe waarde daarvan; en die grondwet as strukturele en praktiese eenheid.¹¹¹

(c) Die formele en materiële regstaatbegrip

Binne die raamwerk van hierdie ondersoek na die rol en status van 'n *grundnorm*-grondwet, is dit insiggewend om daarop te let dat die regstaatbegrip ook uiteindelik in materiële en formele sin ontwikkel het.¹¹² Soos die konstitusiebegrip, omvat die regstaatbegrip ook beskrywend-tipologiese en normatiewe komponente.¹¹³ **Neuman** argumenteer byvoorbeeld dat die *Rechtsstaat*-begrip twee kenmerke omvat: die legaliteitsbeginsel; en die feit dat staatsinmenging met die vryheid en die eiendom van die individu nie net voorspelbaar nie, maar ook deur 'n onafhanklike regbank beheerbaar moet wees.¹¹⁴

□ Die formele regstaat

Die formele regstaat toon die volgende kenmerke:

- Die formele skeiding van owerheidsmagte (volgens Montesquieu se *trias politica*-leerstuk in 'n wetgewer, uitvoerende gesag en regsprekende gesag) om deur middel van kruiskontroles (sg *checks and balances*) magsmisbruik te verhoed.
- Voortspuitend uit die skeiding van magte is die beginsel van voorspelbare owerheidsoptrede, wat sal lei tot regsekerheid. Hierby inbegrepe is die verbod teen terugwerkende optrede, asook die beginsel van kruiskontroles.¹¹⁵

die regstaat aan konstitusionalisme gelyk.

¹¹¹**Kommers** (1991) 845-852. Die strukturele eenheid beteken dat die grondwet as eenheid uitgelê moet word, terwyl die beginsel van praktiese harmoniëring (*praktische Konkordanz*) beteken dat probeer moet word om mededingende grondwetlike waardes met mekaar te versoen.

¹¹²**Wiechers** (1981) 139; **Henning** (1967) 35-51. Sien ook **Van Wyk** (1980a) 153-154 vir 'n ontleding van die aanvanklike onderskeid tussen die konvensionele en onkonvensionele regstaatbegrip in die Duitse literatuur.

¹¹³**Blaauw** (1990) 79.

¹¹⁴**Neuman F** (1986) *The rule of law: political theory and the legal system in modern society* 182.

¹¹⁵Soos **Van Wyk** (1980a) 158 aantoon, het die Suid-Afrikaanse howe voor die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet indirekte en onregstreekse kontrole oor die wetgewer uitgeoefen dmv wetsuitleg. Hierdie aspek, en veral die rol van uitlegvermoedens, word in hfst 3 hieronder bespreek.

- Die legaliteitsbeginsel: die reg is die instrument waardeur owerheidsorgane tot stand gebring word, maar is terselfdertyd die instrument waardeur die uitoefening van owerheidsfunksies beperk en gekontroleer word. Alle owerheidsoptrede word deur 'n regsreël ten grondslag gelê.¹¹⁶ **Van der Pot-Donner**¹¹⁷ koppel die regstaat aan 'n geskrewe konstitusie wat die raamwerk vir regsvorming daarstel, en toon aan dat regshandhawing deur die staat slegs regmatig is indien dit neerslag vind in die konstitusie. **Wiechers**¹¹⁸ wys daarop dat die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg wyer strek as blote nakoming van regsvoorskrifte: uiteindelik omvat dit die administrasie se regspelig om die openbare belang te bevorder, asook die beskerming van individuele vryhede en regte.
- Die waarborg van individuele regte en vryhede. Die blote waarborg van individuele vryhede is egter nie noodwendig 'n konstatering van enige hoër reg nie, want die

formele regstaat staan naamlik histories in die teken van die heerskappy van die formele wet. Dáármee gaan die heerskappy van die wetgewer gepaard.¹¹⁹
- Owerheidsoptrede mag nie die grense van noodsaaklikheid oorskry nie: ingevolge die proporsionaliteitsbeginsel (*Verhältnismässigkeit*) moet owerheidsoptrede in verhouding wees met die doel wat nagestreef word.
- Die beginsel van vertroue in die regstaat, wat gekoppel is aan die beginsels van voorspelbaarheid en regsekerheid. Hierdie vertroue en aanvaarding berus dus op die legitimeitsvlak wat die hele regsorde binne die samelewing geniet.
- 'n Onafhanklike regbank wat individuele regte moet beskerm en die nakoming van die legaliteitsbeginsel moet verseker.

□ Die materiële regstaat

Die formele regstaat toon ooreenstemming met die formele konstitusiebegrip. Dit sou

¹¹⁶**Wiechers M** 'Die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg' (1967) *THRHR* 312 wys daarop dat die legaliteitsbeginsel in die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike konteks nie net wetgewingsgebondenheid nie, maar 'n algemene regsgebondenheid omvat.

¹¹⁷**Van der Pot-Donner** (1983) 153.

¹¹⁸**Wiechers** (1985a) 76.

¹¹⁹**Van Wyk** (1980a) 161.

dus korrek wees om die formele regstaat met *law state* of *Gesetzesstaat* te vertaal, aangesien die blote nakoming van regsvoorskrifte nie enige hoër normatiewe voorskrifte aan die owerheid stel nie. Dit is juis die normatiewe beginsels (bv geregtigheid) wat die hoofkomponente van die materiële regstaat vorm. Alhoewel **Dietze**¹²⁰ regstaat as *law state* vertaal, gebruik hy dit in dieselfde konteks as 'n geregtigheidstaat (*just state* of *Gerechtigkeitsstaat*).

Van Eikema Hommes¹²¹ beskryf hierdie normatiewe komponent as volg:

Mijn stelling is dat de staat naar zijn normatieve aard *rechtsstaat* is. Daaronder versta ik de staat, die naar zijn juridisch aspect (dat de typische interne bestemming van de staat bepaalt) aan bepaalde materieel-juridische grenzen gebonden is, en binne deze grenzen zijn publiekrechtelijke rechtsvorming baseert op materiële rechtsbeginselen.

Die beginsel dat owerheidsoptrede slegs binne die raamwerk van algemene wetgewing mag plaasvind, omskryf net die formeel-juridiese aard van die regstaat, wat onderskraag word deur 'n regspositivistiese opvatting van wetgewing. Skeiding van magte en die legaliteitsbeginsel is slegs uitwendige en tegnies-organisatoriese beperkings op owerheidsoptrede. Die materiële karakter van die regstaat word deur die fundamentele regte (*grondrechten*) na vore gebring: deur middel van hierdie fundamentele regte word die inherente normatiewe begrensing van owerheidsoptrede juridies gepositieveer.¹²² Die beginsels van regstaatlikheid is nie maar net beginsels van legaliteit (afgelei uit die gewone staatlike reg nie), maar is afkomstig uit die grondwetlike waardes en standaarde: die regstaat word nie bloot deur die reg gevorm nie, maar is vervul met die grondwet as hoogste reg in die regs- en staatsorde.¹²³

¹²⁰**Dietze** (1973) 6.

¹²¹**Van Eikema Hommes** HJ 'De materiële rechtsstaatsidee' (1978) *TSAR* 43.

¹²²**Van Eikema Hommes** (1978) 46-47. Wat die leerstuk van die regstaat betref, beweer **Rautenbach & Malherbe** (1994) 235 dat

'sodra 'n staat egter 'n grondwet aanvaar het waarin of die beginsel as sodanig of die verskillende fasette daarvan opgeneem is, verval die nuttigheid van die leerstuk grotendeels - dit het dan positief afdwingbare staatsreg geword.'

Kruger TJ 'Boekresensie: **Rautenbach & Malherbe** (1994) *Staatsreg* in (1995) *SAJHR* 648 op 649-650 meen tereg dat só 'n siening na positivistisme en litteralisme neig, omdat dit die invloed van *higher juridical norms* buite die grondwetlike teks sou ignoreer. Sien ook **Kruger** (1991a) 229ff tov ongeskrewe 'hoër' grondwetlike waardes.

¹²³**Stern** (1981) 246. Sien ook 'Rechtsstaat' *Business Day* (1995-09-13) 12 vir 'n korrekte voorbeeld van die media se begrip van die regstaat.

Sekere normatiewe beginsels vorm die onderskeid tussen die blote formele regstaat (*law state*) en die materiële (substantiewe) regstaat:

- Die owerheids-gesag is gebonde aan hoër normatiewe regsbeginnels (*Grundsätze*) wat grotendeels in 'n *grundnorm*-grondwet vervat is. Dus moet owerheids-optrede noodwendig tot 'n materieel-regverdige regstoestand lei.
- Fundamentele regte en vryhede word dan net binne die waardestelsel van die *grundnorm*-grondwet deur die onafhanklike regbank se volledige beskerming van die individu teen die wetgewer en uitvoerende gesag gewaarborg. Die gewaarborgde fundamentele regte dien dus as konkretisering van beide die regstaat en die demokrasie.¹²⁴ Met verwysing na die Duitse grondwet stel **Kommers**¹²⁵ dit as volg:

[T]he *Rechtsstaat*, in its modern version under the Basic Law, is linked primarily to those political institutions and procedures designed to ground positive law in majority rule limited only by the higher law of the Constitution ... Judicial review is therefore a key element of the *Rechtsstaat* under the Basic Law. Of course, all branches of government are responsible for the implementation of the Constitution, but as the highest institutional expression of the rule of law, the court has a special role in this regard ...

- Die gelykheidsbeginsel speel 'n kardinale rol binne die regstaat. In beginsel beteken dit gelykheid voor die reg, die waarborg van gelyke geleenthede vir almal en gelyke aanspraak op vryheid.¹²⁶

In beginsel kan die materiële regstaatsbegrip dus tot twee hoofkomponente gereduseer word: die legaliteitsbeginsel; en dat die samelewing deur geregtigheid¹²⁷ gereguleer word. Die regstaat se formele en materiële komponente gaan dus hand aan hand. Die formele regstaatskomponente is ondergeskik aan die materiële eienskappe, maar kan nie geïgnoreer word nie, anders sal die regstaat bloot in 'n etiese waardebegrip

¹²⁴Blaauw (1990) 87.

¹²⁵Kommers (1989) 43.

¹²⁶Würtenberger T 'Equality' in Karpen (red) (1988) *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 68-90 en Cachalia et al (1994) 25-32. Dit is egter die inherente spanning tussen die beginsels van gelykheid en vryheid wat aanleiding gee tot die grootste debatte rondom konstitusionele teorie.

¹²⁷Ook Labuschagne JMT 'Die leermebegrip by wetsuitleg' (1985) *TSAR* 60 beklemtoon die strewe na geregtigheid, selfs tydens gewone wetsuitleg:

'Die howe is na alles die laaste skakel in die wetgewingsproses en dit behoort ook hulle taak te wees om toe te sien dat die wetgewingsproses 'n sinvolle en geregtigheidsgerigte einde het.'

verval.¹²⁸ Gevolglik word regstaatlikheid noodwendig verbind met grondwetlikheid in die ware sin van die woord, en vorm die materiële regstaatbegrip die fondament van die grondwetlike staat (*constitutional state of Verfassungstaat*).¹²⁹ Die materiële regstaat as geregtigheidstaat¹³⁰ kan dus gesien word as die kulminasie van die grondwet as *lex fundamentalis*.¹³¹ Met verwysing na die Duitse *Grundgesetz* som **Stern** dit as volg op:

It is the basic constitutional concept absolute, the codification of the fundamental values and standards that are the backbone of the state's moral and political substance, the axial principle of the constitution which is the point of orientation for the political and social order of the Federal Republic of Germany.¹³²

Die materiële regstaat het dus 'n *grundnorm*-grondwet as *lex fundamentalis* met geregtigheid¹³³ as een van die hoofmomente.

(d) Die *pouvoir*-argument: populêre demokrasie en grondwetlike toetsing

Die spanning tussen populêre demokrasie (*majoritarianism*) en die regbank se kontrolefunksie (die beginsel van grondwetlike toetsing)¹³⁴ is een van die volgehoue brandpunte in die deurlopende gesprek¹³⁵ oor konstitusionalisme. Die kritiek word geopper dat die beginsel van grondwetlike toetsing die demokratiese wilsuiging van die staatsvolk sou belemmer, omdat die onverkose regsprekende gesag 'n vetoreg ten opsigte van die verkose wetgewende liggaam kan uitoefen.

¹²⁸Henning (1967) 43.

¹²⁹Kommers (1991) 846.

¹³⁰Sien ook die uitspraak van WnR Henning in *Cabinet for the interim Government of South West Africa v Bessinger* 1989 1 SA 618 (SWA) 629I-631I, asook Henning (1967) 43.

¹³¹Sien egter daarenteen Carpenter G 'The Namibian Constitution - *ex Africa aliquid novi* after all' (1989/90) SAYIL 22 op 29 vir die mening dat die verwysing na *principles of democracy, the rule of law and justice for all* in art 1(1) van die Namibiese grondwet bloot 'n aanduiding is van die ideale waarop die grondwet berus.

¹³²Stern (1981) 243.

¹³³Sien bv Karpen (1988) 173.

¹³⁴Hierdie inherente spanning tussen vryheid (*libertarianism*) en gelykheid (*egalitarianism*) is ten minste tydelik besweer in oa art 35(1) van die 1993-Grondwet:

'[D]ie waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê.'

¹³⁵Sien oa Cliteur PB 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing' (1989) *Nederlands Juristenblad* 1369ff hieroor.

Die volle debat¹³⁶ oor die sogenaamde ondemokratiese aard van grondwetlike toetsing val buite die raamwerk van hierdie studie. In die lig van die materiële regstaat en die *grundnorm*-grondwet, asook die rol van die regbank om fundamentele regte en die waardes wat in so 'n grondwet beliggaam is, te handhaaf en te beskerm, moet hierdie aspek egter kortliks aangespreek word binne die raamwerk van grondwetlike toetsing wat uitdruklik in 'n *grundnorm*-grondwet toegeken is.¹³⁷

Volgens konstitusionele teorie kom 'n konstitusie op twee wyses tot stand:¹³⁸

- Volgens die een metode word wysigings en aanpassings gebruik om vanuit 'n bestaande konstitusie 'n (nuwe) hervormde een daar te stel. Dit geskied binne die raamwerk van bestaande owerheidstrukture kragtens bestaande regsreëls, en word deur die *pouvoir constitué* tot stand gebring.
- Die tweede siening bepaal dat 'n nuwe konstitusie op 'n spesifieke gegewe tydstip in die geskiedenis tot stand kom sodra dit gekonstitueer word deur 'n grondwetgewende vergadering (of 'n ander liggaam) wat bekleed is met die bevoegdheid om 'n nuwe konstitusionele orde te aanvaar. Die nuwe konstitusie word dus opgestel deur die *pouvoir constituant*, wat óf saamgeroep is deur 'n gemagtigde gesag óf deur 'n sameloop van politieke en historiese faktore bymekaar gebring is.

¹³⁶Hierdie debat word tans veral in die VSA gevoer. Sien oa **Eaton W** (1988) *Who killed the constitution*, **Graglia L** (1976) *Disaster by decree*, **Miller** (1985) en **Dimond PR** (1989) *The Supreme Court and judicial choice* (slegs 'n klein voorbeeld) tov hierdie debat (wat streng gesproke ook 'n kritiese diskoers oor die Amerikaanse staatsreg en teorieë van grondwetuitleg behels). Sien ook **Fallon R** 'A constructivist coherence theory of constitutional interpretation' (1987) *Harvard LR* 1189 op 1194-1231 vir 'n bespreking van die literatuur oor die *legitimacy of judicial review*.

¹³⁷Die Amerikaanse grondwet maak nie uitdruklik voorsiening vir grondwetlike toetsing nie. Dit is in *Marbury v Madison* 1 Cranch 137, 5 US 87 (1803) deur die hof toegeëien en sedertdien deur veral die *Supreme Court* dmv van regsforming ontwikkel. Dit is egter ironies dat die beginsel van 'n hoër reg (afgedwing deur die regbank) waarop die hof in *Bonham's Case* (1610) 8 Coke's Reports 114 staat gemaak het, relatief gou in Groot-Brittanje van die toneel verdwyn het, maar uiteindelik 'n groot rol gespeel het in die Noord-Amerikaanse kolonies in hul stryd teen parlementêre soewereiniteit. Twee eeue later heers daar egter juis 'n heftige staatsregtelike debat oor die anti-demokratiese aard van grondwetlike toetsing in die VSA.

¹³⁸Sien **Basson & Viljoen** (1988) 13, **Wiechers M** 'n Nuwe grondwet vir Suid-Afrika' (1983) *De Rebus* 330 en **Pretorius JL & Strydom HA** 'Die prosesse van grondwetgewing' (1984) *TRW* 47 op 48-51 in dié verband.

Hierdie idees is veral deur die abbé Siéyès¹³⁹ uiteengesit. Hy tref die onderskeid tussen die konstituerende mag (*pouvoir constituant* - volgens hom die volk) en die gekonstitueerde mag (*pouvoir constitué*). Die konstitusie is dan die beliggaming van die volkswil (*will of the people*). Teoreties is die konstitusie dan die spontane produk van hierdie volkswil, want die nasionale vergadering is die verteenwoordiger van die volk. In beginsel het Siéyès egter hiermee dan die onderskeid tussen die *pouvoir constituant* en die *pouvoir constitué* verwyder, want nou het die gekonstitueerde gesag die bevoegdheid om homself tot konstituerende gesag te verklaar.

Aangesien die wil van die moderne staatsvolk as entiteit moeilik vasstelbaar is, het die moderne demokratiese teorie en politieke dinamika prosedures en instellings ontwikkel waardeur hierdie volkswil vasgestel kan word. Gevolglik word die *pouvoir constituant* tot stand gebring deur middel van 'n kiesstelsel waarmee die staatsvolk die konstituerende mag daarstel: óf as 'n algemeen-verkose nasionale vergadering wat die konstitusie saamstel, óf as 'n liggaam wat 'n konsepkonstitusie opstel wat slegs bindend word sodra dit deur middel van 'n referendum of volkstemming gelegitimeer word.¹⁴⁰

Soos tereg aangetoon word,¹⁴¹ het die *pouvoir constituant*-leerstuk 'n bepaalde dilemma met betrekking tot die legitemiteit van grondwetlike toetsing deur die regbank geskep: die konstitusionele orde is dus te alle tye onderworpe aan die beskikking van die soewereine volkswil (of dan die *tyranny of the majority*). Binne die raamwerk van die moderne konstitusionalisme, asook die materiële regstaat, is daar egter 'n aantal argumente wat juis grondwetlike toetsing magtig en legitimeer:

¹³⁹Sien Pretorius & Strydom (1984) 49 (veral nt 10 en die bronne daar vermeld) en Vorster (1982) 116-117 hieroor.

¹⁴⁰Die ontstaan van die Suid-Afrikaanse 1993-Grondwet, asook die proses waardeur die finale Grondwet tot stand kom, is 'n goeie voorbeeld van hoe die sg 'naïewe ontbrandingsproses' (Vorster (1982) 117) vervang is deur 'n kombinasie van 'n nasionale konvensie, bygestaan deur tegniese komitees, wat 'n tussentydse Grondwet daargestel het, gevolg deur die finale Grondwet opgestel deur die Parlement (as Grondwetlike Vergadering) wat deur die Konstitusionele Hof goedgekeur moet word (hfst 5 van die 1993-Grondwet). Sien verder Eloff T (1994) en Du Plessis LM 'A background to drafting the chapter on fundamental rights' in De Villiers (red) (1994) *Birth of a constitution* tov die rasonale en gestruktureerde ontstaansproses van die 1993-Grondwet.

¹⁴¹Pretorius & Strydom (1984) 47 op 50-51.

- **Friedrich**¹⁴² bespreek ook die spanning tussen populêre demokrasie en die demokratiese konstitusionalisme. Meerderheidsregering is wel een van die kernbeginsels van die demokrasie, maar aan die ander kant is die wese van konstitusionalisme geleë in die beperking van magsmisbruik. Dus plaas konstitusionalisme ook beperkings op die mag van die meerderheid.¹⁴³ Alhoewel die staatsvolk (*people*) binne die demokrasie die bron van alle mag is, beperk hulle hul eie mag deur die aanvaarding van die grondwet: die beginsels van *auto-limitation* en *tacit consent*.¹⁴⁴ By die aanvaarding van die grondwet word sekere magte van die demokratiese meerderheid dus deur konsensus na die regbank afgewentel, juis om die beginsel van populêre demokrasie te beskerm.
- In sy kritiese bespreking van die beslissing in *Collins v Minister of the Interior*,¹⁴⁵ wys **Wiechers** daarop dat daar sekere supra-konstitusionele beginsels binne 'n demokratiese bestel is wat onveranderbaar en onvernietigbaar is.¹⁴⁶ Belangrik vir hierdie bespreking is die beginsel dat 'n meerderheid van die kiesers nie die substantiewe en fundamentele wese van 'n konstitusionele demokrasie kan verander of wegneem nie. Met ander woorde, daar is sekere regsbeginsele van konstitusionalisme wat só fundamenteel is dat dit selfs 'n *grundnorm*-grondwet voorafgaan, en die proses onveranderbaar en onherroepbaar maak.¹⁴⁷ Dus is 'n parlementêre meerderheid nie by magte om in die uitoefening van die soewereine volkswil die basiese karaktertrekke van 'n konstitusionele demokrasie af te skaf nie.¹⁴⁸ In die lig van die voorafgaande bespreking kan daar dus, myns insiens, geargumenteer word dat die beginsel van regterlike kontrole van

¹⁴²**Friedrich** (1974) 124-125.

¹⁴³Sien ook **Bickel A** (1962) *The least dangerous branch* 16-18 vir sy beskouing dat alhoewel grondwetlike toetsing 'n afwykende instelling in die Amerikaanse demokrasie is, dit tog 'n noodsaaklike teenwig is teen die mag van die meerderheid (*tyranny of the majority*).

¹⁴⁴**Wolfe** (1991) 55-57.

¹⁴⁵1957 1 SA 552 (A).

¹⁴⁶**Wiechers M** 'The fundamental laws behind our constitution' in Kahn (red) (1985) *Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Schreiner* 383-394.

¹⁴⁷Sien ook **Arkes H** (1990) *Beyond the Constitution* vir 'n bespreking van sekere fundamentele buite-konstitusionele norme wat die ontstaan van die Amerikaanse grondwet voorafgegaan het en die grondslag vorm van veral die *Bill of Rights*, asook **Kruger** (1991) 229ff (vir 'n bespreking van die rol van fundamentele buite-konstitusionele waardes tydens wets- en grondwetuitleg).

¹⁴⁸Sien veral **Davis et al** (1994) 2 en **Joubert CP** 'Die gebondenheid van die soewereine wetgewer aan die reg' (1952) *THRHR* 7 op 58-59.

magsmisbruik en die handhawing van die norme en waardes wat 'n *grundnorm*-grondwet onderlê, een van die fundamentele en onveranderlike grondslae van die materiële regstaat en konstitusionalisme is.

- Die konsep van die weerbare¹⁴⁹ of militante demokrasie (*Streitbare demokratie*) in die Duitse staatsreg is analoog aan die voorgaande gedagte. Hiervolgens is daar sekere kernwaardes eie aan 'n vrye demokratiese orde wat nie aangetas mag word nie.¹⁵⁰ Optrede deur owerheidsorgane en politieke rolspelers, asook die uitoefening van fundamentele regte wat hierdie kernbeginsels aantast, is ongrondwetlik. Die grondwet self kan dus nie gebruik word om dit te vernietig nie. Die regbank is die instrument waardeur hierdie kernbeginsels van grondwetlikheid en konstitusionalisme verdedig en gehandhaaf word.¹⁵¹
- Soos reeds aangetoon, word die materiële regstaat aan die moderne konstitusionalisme gelykgestel. Hieruit voortvloeiend, is die aanvaarding dat die grondwetlike staat (as eindproduk van die regstaat) noodwendig ook 'n geregtigheidstaat (*just state of Gerechtigkeitsstaat*) is. Populêre demokrasie (*majority rule*) is dus nie die enigste komponent van konstitusionalisme nie.¹⁵² Die normatiewe regsbeginsels en die fundamentele waardes en regte wat in die grondwet as *grundnorm* van hierdie *Gerechtigkeitsstaat* beliggaam is, moet deur 'n onafhanklike regbank gehandhaaf en afgedwing word. Aldus **Cappelletti**.¹⁵³

[J]udicial review is pivotal in shielding democracy and majoritarian principles from corruption.
- Afgesien van die hoër normatiewe beginsels, funksioneer grondwetlike toetsing dus prakties-gesproke as nóg een van die vele ander kruiskontroles (*checks and balances*), wat in elk geval deel vorm van selfs 'n blote formele regstaat (*law*

¹⁴⁹Dürig G 'An introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany' in Karpen (red) (1988) *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 15-16 verwys na die *defendant democracy*.

¹⁵⁰Sien verder Doebling K 'The special character of the constitution of the Federal Republic of Germany as a free democratic basic order' in Karpen (red) (1988) *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 26-44 in die verband.

¹⁵¹Kommers (1989) 40 43-44 en 55.

¹⁵²Corder H 'Lessons from (North) America: Beware the "legalization of politics" and the "political seduction of the law"' (1992) *SALJ* 204 op 224 wys op die interessante paradoks dat demokrasie veel meer beteken as blote *majoritarianism*. Sien ook Prakke L (1972) *Toetsing in het publiekrecht* 52-55 en Jaconelli (1980) 210.

¹⁵³Cappelletti M 'Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"' (1985) *Catholic University LR* 1 28.

state of Gesetzesstaat). Dit is meer as 'n regsprekende bevoegdheid - wanneer 'n hof optree as finale arbiter oor die grondwetlikheid van wetgewing, is dit as beskermmer en handhawer van die regte, vryhede en waardes wat in die grondwet as *lex fundamentalis* vervat is.¹⁵⁴

- Met grondwetlike toetsing handhaaf die hof meer as net die vertikale verdeling van owerheidsgesag tussen die owerheidsliggame, asook die horisontale gesagsverhouding tussen die owerheidsgesag en die gemeenskap en die individu: die hof waarborg ook dat die *pouvoir constitué* optree binne die perke wat die *pouvoir constituant* neergelê het en wat in die grondwet beliggaam is. Die hof is die instrument vir sowel die handhawing van politieke stabiliteit en die demokratiese idee binne 'n demokratiese gemeenskap,¹⁵⁵ as die nakoming van die grondwetlike prosedures (*rules of the game*) in die grondwet neergelê.¹⁵⁶

2.5 SAMEVATTING

In hierdie hoofstuk is die ontwikkeling van die konstitusiebegrip vanaf Bryce se parogiale beskouing oor konstitusies tot by die *grundnorm*-grondwet as basis van die materiële regstaat ontleed. Hierdie ontwikkeling van die konstitusiebegrip het oor 'n tydperk van meer as nege dekades plaasgevind, maar die werklike stukrag vir die onderskeid tussen 'n formele konstitusie en 'n grondwet as *lex fundamentalis*, het na die Tweede Wêreldoorlog gekom toe die beskerming van fundamentele regte op die voorgrond getree het. Gevolglik het daar toenemend 'n onderskeid ontstaan tussen 'n blote formele konstitusie as grondslag van 'n *relative democracy* en 'n ware grondwet as basis van 'n *standard-setting democracy*.¹⁵⁷

¹⁵⁴Freeman S 'Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review' (1990/91) 9 *Law and Philosophy* 327-359.

¹⁵⁵Brewer-Carías (1989) 120.

¹⁵⁶Jaconelli (1980) 204-208.

¹⁵⁷Stern (1981) 243.

Van Wyk beskryf die rol van die grondwet binne die regstaat dan só:¹⁵⁸

[M]et betrekking tot die konstitusie as begrotingelement van die regstaatlike orde: dit kan nie primêr gaan om 'n formeel-juridiese struktuur nie; *die konstitusie is 'n waardegebonde vergestaltende element van die gemeenskapslewe*. Indien dit die persoonlike, individuele vryheidsbewussyn, die regsgebondenheidsgedagte met betrekking tot vryheids- en gesagsuitoefening, die regsbeskermingsidee reflekteer, reflekteer die konstitusie terselfdertyd die beeld van regstaat en regsgemeenskap.

In die lig van die toenemende vertrapping van fundamentele regte ná 1945, is die sinisme oor die sukses van hoër waardes vervat in ware grondwette te verstane.¹⁵⁹ Dit bly egter steeds die standaard waarna gestreef moet word, want die alternatief van 'n politieke samelewing sonder enige normatiewe riglyne is veel meer onaanvaarbaar.

Die onderskeid tussen formele konstitusie en ware grondwet as *lex fundamentalis* in die regsorde is nou getref. Karpen¹⁶⁰ omskryf die formele en materiële komponente van 'n grondwet as

- the value-oriented, concerned with intensely human and humane aspirations of personality, conscience and freedom;
- the structure-oriented, concerned with vastly more mundane and mechanical matters like territorial boundaries, local government, institutional arrangements.

Hierdie spesiale status en samestelling van 'n *grundnorm*-grondwet beteken egter enersyds dat die gewone wetsuitlegmetodiek nie toegepas kan word by die uitleg daarvan nie, en andersyds dat gewone wetsuitleg noodwendig deur die algemene beginsels van grondwetuitleg beïnvloed moet word. In die volgende hoofstuk sal die algemene beginsels van gewone wetsuitleg, heersende wetsuitlegbenaderings, onlangse buite-juridiese ontwikkelings (veral op die terrein van die hermeneutiek en algemene taalwetenskap), en die kwessie van die regsvormende funksie van die regbank tydens wetsuitleg ondersoek word. In dié proses sal die heersende wetsuitlegmetodiek van die Suid-Afrikaanse regbank in die lig van die ingrypende verandering vanaf parlementêre soewereiniteit na grondwetlike oppergesag ontleed word.

¹⁵⁸Van Wyk (1980a) 167 (my kursivering).

¹⁵⁹Dit is interessant om daarop te let dat hierdie intellektuele sinisme oor die praktiese toepassing van grondwetlike normas en waardes veral onder akademici in die VSA (binne die gerief van relatiewe rustige konstitusionele en politieke veranderings gedurende die afgelope twee eeue) voorkom. Daarenteen gaan die praktiese toepassing van fundamentele waardes in Duitsland sedert 1949 na die trauma van Nasionaal-Sosialisme met veel minder sinisme en kritiek gepaard. Sien ook hfst 5 in dié verband.

¹⁶⁰Karpen (1988) 173.

Soos reeds vroeër aangedui, gaan die uiteindelijke legitimititeit van die nuwe Grondwet grootliks bepaal word deur die uitleg en toepassing daarvan in die praktyk. Alhoewel die legitimititeitsbegrip buite die verwysingsraamwerk van hierdie studie val, is dit interessant om daarop te let dat die legitimititeit van 'n regsorde, soos die regstaatbegrip, op twee aaneengeslote komponente berus:¹⁶¹ eerstens word legitimititeit binne die raamwerk van die legaliteitsbeginsel beskryf: solank die verkryging en uitoefening van mag binne die bestaande regsreëls plaasvind, is daar voldoen aan die formele geldigheidsvereistes; en in die tweede plek word legitimititeit in materiële sin gedefinieer as die morele aanvaarbaarheid en regverdigbaarheid van magsverhoudings binne die staatsbestel. Die fokus word dus op die fundamentele waardes van die regsorde geplaas. Gevolglik stem die legitimititeitsbegrip met regstaatlikheid in beide die formele en materiële sin ooreen. **Karpen** plaas legitimititeit só in grondwetlike perspektief:¹⁶²

[U]nderstanding is the best protection of the constitution. The individual finally is the warden of the constitution. Of course, the state - and in particular the courts - may apply the constitution as flexibly and understandably as to meet the needs of day to day consent. State and courts may, in this limited sense, even 'educate the people'. But the most important quality of law in a free society, in a rule of law-state is the 'power of legitimacy' and legitimacy is *accepted justice*.

'n *Grundnorm*-grondwet bind alle owerheidsinstellings aan die beginsels wat daaruit voortvloei en daaruit afgelei kan word; asook die waardes wat dit in die praktyk wil teweegbring. Uiteraard gaan hierdie revolusionêre paradigmaverskuiwing hoë eise aan politici en regsgeleerdes stel, maar dit is veral op die terrein van wets- en grondwet-uitleg waar metodes, denkprosesse en gesagsbronne letterlik oornag verander het. Hierdie 'nuwe' benadering word treffend saamgevat deur **Kruger**:¹⁶³

What is essential, therefore, is firstly an *awareness* of the different role that the courts will have to play. This includes acceptance (by the relevant judges) that a human rights dispensation differs materially and substantively from the old order. Hence, and without forsaking the positive and commendable aspects of our legal heritage, it should be realised that the approach to interpretation hitherto followed will simply not suffice for the purposes of the new dispensation; that a much more refined and nuanced theory of interpretation will be called for. This calls for all jurists - be they judges, practitioners, academics or even para-legals - to develop a new sensitivity to and awareness of the *sui generis* requirements that the new dispensation will bring about.

¹⁶¹Sien **Botha H** (1994) 233 op 234-236 tov die legitimititeitsbegrip.

¹⁶²**Karpen** (1988) 185. My kursivering.

¹⁶³**Kruger TJ** 'Towards a new interpretive theory' in Kruger & Currin (reds) (1994) *Interpreting a bill of rights* 131.

Die teoretiese grondslae van wetsuitleg

3.1 INLEIDENDE OPMERKINGS

Hierdie hoofstuk bestaan uit vier onderafdelings: eerstens sal die belangrikste 'tradisionele' benaderings tot wetsuitleg kortliks bespreek word; tweedens sal die Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek bondig bespreek word, asook in watter mate hierdie metodiek deur die 1993- en 1996-Grondwette beïnvloed is; derdens is daar 'n kort kritiese beskouing van die kwessie van regterlike regsvorming, en laastens sal 'n aantal moderne opvattinge oor die uitleg van geskrewe tekste in die algemeen, en wetstekste in die besonder, kortliks beskou word om sekere nuwe (en soms revolusionêre) perspektiewe oor die uitleg en verstaan van geskrewe tekste te identifiseer. Die oogmerk is nie 'n herhaling van alles wat reeds in die verlede oor wetsuitleg gesê is nie. Daar sal dus op daardie beginsels wat in die verlede 'n direkte impak op wets- en grondwetuitleg gehad het, gekonsentreer word, asook dié wat dit in die toekoms moontlik mag beïnvloed.

Dit moet beklemtoon word dat slegs sekere beginsels van wetsuitleg ondersoek sal word. Dit is streng genome nie korrek om na reëls van wetsuitleg te verwys nie, maar eerder na 'n stel beginsels of riglyne.¹ **Du Toit**² verwys daarna as metodereëls, terwyl **Labuschagne** van mening is dat uitlegreëls bloot regsnormvormingsvoorskrifte is: wetsuitleg is regsnormvorming.³ **Mureinik**⁴ wys daarop dat beginsels reëls ondersteun

¹Kellaway (1995) 10-11.

²**Du Toit DC** 'The dimension of futurity in the law: towards a renewal of the theory of interpretation' (1977) *TRW* 11 13.

³**Labuschagne** (1989) 207.

⁴**Mureinik E** 'Administrative law in South Africa' (1986) *SALJ* 615 621.

en regverdig. Ook **Wiechers**⁵ is van mening dat meeste van die sogenaamde 'reëls' van wetsuitleg slegs algemeen-aanvaarde afleidingsgronde,⁶ gebaseer op logiese denkprosesse is, wat gebruik word om die betekenis van wetgewing vas te stel.

In aansluiting hierby is 'n paar inleidende opmerkings nietemin nodig: grondwetuitleg kan nie in isolasie van die uitleg van 'gewone' wetgewing ondersoek word nie. As gevolg van die besondere status wat 'n oppermagtige grondwet in die regsorde beklee, is grondwetuitleg egter nie identies aan 'gewone' wetsuitleg nie.⁷ In *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*⁸ het regter Froneman die fundamentele verskil tussen grondwetuitleg en 'gewone' wetsuitleg as volg verduidelik:

The interpretation of the Constitution will be directed at ascertaining the *foundational values inherent in the Constitution*, whilst the interpretation of the particular legislation will be directed at ascertaining whether that legislation is capable of an interpretation which conforms with the *foundational values or principles in the Constitution*.

'n Grondwet omvat die gemeenskapswaardes waaraan alle ander wetgewing en owerheidsoptrede moet voldoen.⁹ Die grondwet as *lex fundamentalis* is meer as net 'n blote institusionele en organisatoriese bloudruk vir owerheidsoptrede: dit is die waardebelaaië verwysingsraamwerk waarbinne alles moet funksioneer, en waarteen alle optrede getoets word, boonop die 'instrument' waarvolgens kompeterende regte, waardes en belange beoordeel word.¹⁰ Voorts is 'n grondwet toekomsgerig en in soepel taal opgestel, sodat dit kan ontwikkel om aan toekomstige verwagtinge en eise te voldoen.¹¹ Kortom, 'n grondwet is *sui generis*.¹²

⁵**Wiechers** (1985a) 40. Ook **Kellaway** (1995) 4 verwys na *generally accepted principles*. Sien egter **Du Plessis** (1986) 52 en **Cowen** (1980) 395 nt 133, wat meen dat die reëls van wetsuitleg wel regsreëls is.

⁶**Hahlo & Kahn** (1973) 186 verwys na die riglyne of beginsels van wetsuitleg as 'rules of approach; canons of construction; axioms.'

⁷Sien oa **Kentridge J & Spitz D** 'Interpretation' in Chaskalson *et al* (1996) *Constitutional law of South Africa* (losblad uitg) in dié verband.

⁸1994 4 SA 592 (SO) 597G-H (my kursivering).

⁹*Executive Council, Western Cape Legislature v The President of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 877 (CC) para 62, asook regter Marais se dictum in *Nortje v Attorney General, Cape* 1995 2 SA 460 (K) op 471D-F.

¹⁰*S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC) para 302; *Gozoloni v Minister of Law and Order* 1994 3 SA 625 (O) 634F.

¹¹*Edwards v Attorney-General of Canada* [1930] AC 124 136.

¹²*Minister of Home Affairs (Bermuda) v Collins Macdonald Fisher* [1980] AC 319 (PC) 328-9.

'n Grondwet is egter ook 'n wetstek, en sekere beginsels van wetsuitleg¹³ sal dus in mindere of meerdere mate daarop van toepassing wees (uiteeraard onderhewig aan die kwalifikasie dat 'n oppermagtige grondwet die hoogste reg in die regsorde beliggaam). Enige toepaslike beginsel van 'gewone' wetsuitleg sal nogtans by die aard van die grondwet moet aanpas, en nie andersom nie. In *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*¹⁴ het regter Froneman hierdie klemverskuiwing korrek verduidelik:¹⁵

The interpretive notion of ascertaining 'the intention of the Legislature' does not apply in a system of judicial review based on the supremacy of the Constitution, for the simple reason that the Constitution is sovereign and not the Legislature. This means that both the purpose and method of statutory interpretation should be different from what it was before the commencement of the Constitution on 27 April 1994.

Du Plessis & Corder¹⁶ wys daarop dat die verskille tussen grondwetuitleg en 'gewone' wetsuitleg nie oorbeklemtoon moet word nie. In beide gevalle is die uitleg van wetgewende instrumente ter sprake. Dit is wel waar dat die tradisionele wetsuitleg-metodiek wat in 'n bepaalde regsorde gevolg word, noodwendig 'n aanvanklike invloed op die metode van grondwetuitleg wat deur die houe gebruik sal word, het. In hierdie opsig het artikel 35(3) van die 1993-Grondwet, en die identiese artikel 39(2) van die 1996-Grondwet (beide later in hierdie hoofstuk volledig bespreek), nie net die grense tussen grondwetuitleg en 'gewone' wetsuitleg laat vervaag nie, maar ook wets- en grondwetuitleg in Suid-Afrika binne dieselfde 'familie' van uitlegmetodiek geplaas.

Eskridge¹⁷ beskryf die statusverandering wat wetsuitleg in Amerika ondergaan het, só:

Statutory interpretation is the Cinderella of legal scholarship. Once scorned and neglected, confined to the kitchen, it now dances in the ballroom.

Hierdie raak beskrywing geld ook nou vir Suid-Afrika.¹⁸ Wetsuitleg as regswetenskaplike

¹³Sien oa **Devenish** (1995) 260-268 in dié verband.

¹⁴1994 4 SA 592 (SO) 597F.

¹⁵Vir die teenoorgestelde (en foutiewe) standpunt, sien bv *Kalla v The Master* 1995 1 SA 261 (T) 269C-G waar Van Dijkhorst R steeds die tradisionele *plain meaning*-reël van wetsuitleg bô die grondwetlike riglyne gevolg het. Die regter kom tot die gevolgtrekking dat dit steeds die belangrikste beginsel van wetsuitleg is om die bedoeling van die wetgewer te vind. Dus moet die uitlegger met die woorde begin en sou die woorde van die wetsbepaling dubbelsinnig blyk te wees, moet die 'reëls van wetsuitleg' toegepas word, welke reëls deel van die *law of the land* vorm, en nie deur die Grondwet opgehef is nie.

¹⁶**Du Plessis LM & Corder H** (1994) *Understanding South Africa's transitional bill of rights* 88.

¹⁷**Eskridge WN** (1994) *Dynamic statutory interpretation* 1.

¹⁸Sien ook **Devenish** (1992) 1.

dissipline was vir baie jare gering geskat. Gedurende die laat sewentiger- en tagtigerjare is die lukrake en ongesistematiseerde toepassing van die reëls en beginsels van wetsuitleg toenemend uit akademiese oorde gekritiseer.¹⁹ Sedert 'n beregbare oppermagtige grondwet vir Suid-Afrika nietemin sedert die vroeë negentigerjare 'n werklikheid begin word het, het die belangstelling in wetsuitlegmetodiek in die algemeen, en grondwetuitleg in die besonder, 'n bloeitydperk beleef. Die kritiese vrae wat akademici vroeër oor die tradisionele wetsuitlegmetodiek en die rol van die howe geopper het,²⁰ is skielik nie meer blote akademiese geskilpunte nie. Die korrekte manier van wets- en grondwetuitleg is nou die middelpunt van die debat rondom die beskerming van fundamentele regte, die legitimiteit van die grondwet en grondwetlike toetsing.²¹

Volgens **Lategan**²² het elke teks tenminste drie dimensies: die historiese (die teks as die produk van 'n bepaalde ontstaansgeskiedenis en historiese omstandighede); struktureel (die teks het unieke strukturele kenmerke en konkrete gestalte); en die semantiese (die teks as die draer van 'n bepaalde boodskap). Uitleg is dan die ontsyfering en deurgang van hierdie boodskap. In aansluiting hierby wys **Devenish**²³ daarop dat wetsuitleg uit 'n sintese van drie komponente bestaan: die linguistiek (wat die beginsels van sintaks, semantiek en logika insluit), die reg (wetgewing en gemene reg), asook die regsfilosofie (of jurisprudentie). Aspekte soos regsgeeskiedenis en regspluralisme, wat ook 'n invloed op wetsuitlegbenaderings kan hê, kan ook onder regsfilosofie in die wye sin van die woord tuisgebring word. Wetsuitleg het boonop 'n besliste staatsregtelike grondslag. Die beginsels van wetsuitleg en die rol van die regbank in 'n staatsregtelike bestel gebaseer op 'n oppermagtige grondwet, behoort soepeler te wees as dié in 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit, aangesien die howe noodwendig die beskermers van die grondwetlike waardes is.

¹⁹In 'n sekere sin het **Cowen** (1976) 131 ff hierdie kritiese herwaarding van wetsuitleg in Suid-Afrika van stapel gestuur.

²⁰Sien oa **Devenish** (1992) 290-203; **Du Plessis LM** 'The interpretation of bills of rights in South Africa: taking stock' in Kruger & Currin (eds) (1994) *Interpreting a bill of rights* 1-25; **Du Plessis & De Ville** (1993a) 65-87; **Botha CJ** (1991) *Wetsuitleg: 'n inleiding vir studente* (1e uitg) 97-98.

²¹Sien by **Carpenter G** 'Constitutional interpretation by the existing judiciary in South Africa - can new wine be successfully decanted into old bottles?' (1995) *CILSA* 322-337; **Devenish** (1995) 249-278.

²²**Lategan BC** 'Die uitleg van wetgewing in hermeneutiese perspektief' (1980) *TSAR* 107 114.

²³**Devenish** (1992) 2.

Wetsuitleg het te make met wetsuitvoering.²⁴ Alle reg moet uitgelê word as 'n komponent van die aanwendingsproses. Gevolglik vorm wetsuitleg deel van regsuitleg in die algemeen, asook regsaaanwending.²⁵ Wetsuitvoering vind aansluiting by die beginsel van konkretisering (verwerkliking) as die finale stap in die uitlegproses: wanneer die uitlegger in 'n huidige situasie praktiese beslag (*Applikationsleistung*) aan die wetgewingsbetekenis gee. Die wetsteks vind dus juridiese gelding deur middel van konkretisering.²⁶ Trouens, **Du Toit**²⁷ stel dit as volg:

The positiveness of law is its being interpreted, not the other way round.

Om uit te lê en te verstaan sluit dus onvermydelik konkretisering van die wetsteks in.²⁸

3.2 TRADISIONELE WETSUITLEG BENADERINGS

(a) Algemeen

Die meeste bronne²⁹ wemel van benaderings tot, teorieë oor en metodes van wetsuitleg.³⁰ **Eskridge** onderskei tussen die tradisionele (*originalist or archeological*) teorieë (wat tekstualisme, die bedoelingsteorie en doeldienende uitleg omvat) en 'n dinamiese uitleg,³¹ terwyl **Baxter** 'n breë onderskeid tussen letterlike en teleologiese uitleg tref. Letterlike uitleg is meer begaan oor 'n strenge uitleg van die woorde, ongeag of dit sinvolle of redelike reg sou skep, terwyl teleologiese uitleg die klem plaas op die doel en oogmerk van die wetgewing, die besondere omstandighede en veranderende sosiale omgewing.³² Hierdie klassifikasie stem in beginsel ooreen met **Botha CJ** se

²⁴**Henning** (1967) 206.

²⁵**Du Toit** (1977) 13.

²⁶**Du Plessis** (1986) 149; **Du Toit** (1977) 18; **Lategan** (1980) 109; **Botha CJ** (1996) 128-129; **Du Plessis & Corder** (1994) 89.

²⁷**Du Toit DC** 'The problem of "correct interpretation" in law: freedom and humanism in interpretation' (1992) *TRW* 15 25.

²⁸**Du Toit** (1977) 17, asook **Du Plessis LM & De Ville JR** 'Bill of rights interpretation in South African context (3): comparative perspectives and future prospects' (1993) *Stell LR* 356 378.

²⁹'n Uitsondering hierop is natuurlik **Steyn LC** (1981) *Die uitleg van wette* (5e uitg), wat geen aandag aan die teoretiese grondslae van wetsuitleg skenk nie.

³⁰**Fuller LL** 'The case of the speluncan explorers' (1949) 62 *Harvard LR* 616 is steeds 'n skitterende verduideliking van die belangrikste wetsuitlegbenaderings.

³¹**Eskridge** (1994) 9-11.

³²**Baxter L** (1984) *Administrative law* 313. Op 313 nt 58 erken hy dat daar nietemin talle ander variasies is (oa tekstueel, kontekstueel, histories, funksioneel en die vrye regsteorie).

breë onderskeid tussen die tekstuele benadering (wat letterlike uitleg en die bedoelings-teorie insluit) en die kontekstuele benadering (wat ongekwalfiseerde kontekstuele en doeldienende uitleg omvat).³³ Alhoewel hierdie klassifikasies oorvleuelings en klem-verskille toon, handel die wetsuitleggingsprek wesenlik oor twee aaneengeslote aspekte: enersyds, die balans en verhouding tussen die wetstek en die omringende konteks (wat 'n hele aantal ekstratekstuele aspekte insluit), en andersyds, die regsvormende diskresie van die regbank.

In ag genome bogenoemde ongesistematiseerde teoretiese klassifikasies, word die tradisionele wetsuitlegbenaderings vir die doeleindes van hierdie bespreking in twee hoofstrome verdeel: die teksgebaseerde benaderings (waarin die teks in mindere of meerdere mate tydens die uitlegproses voorrang geniet); en die 'wyer' benaderings (waarin die konteks en ander ekstratekstuele faktore 'n groter rol speel).³⁴

(b) Die teksgebaseerde benaderings

□ Tekstualisme

Die tekstuele benadering berus op die beginsel dat die uitlegger primêr konsentreer op die letterlike betekenis van die bepaling wat uitgelê word. In die Duitse reg staan dit bekend as die begrippeleer (*Begriffsjurisprudenz*), en behels dit die outomatiese toepassing van die wetstek deur middel van meganiese gevolgtrekking.³⁵

Volgens die tekstuele benadering is dit die primêre reël van wetsuitleg dat, indien die woorde duidelik en ondubbelsinnig is, daar aan hierdie gewone grammatikale betekenis

³³Botha CJ (1996) 27-36. Hierdie werk is op voorgraadse studente gemik en meer genuanseerde onderskeidings is om ooglopende redes vermy. Hahlo & Kahn (1973) 180 tref selfs nog 'n breër onderskeid tussen die

'(1) "literal", also referred to as the "verbal" or "analytical" or natural or grammatical "plain meaning" avenue, and (2) the "functional" or "free" or "equitable" or liberal avenue.'

³⁴Die onderafdelings van hierdie twee hoofstrominge is in beginsel op dié van Devenish (1992) 25-50 gebaseer. Sien ook Kellaway (1995) 49-69, asook Van Heerden FJ (1988) *Die uitleg van strafbepalings* LLD-proefskrif UP 8-75.

³⁵Henning (1967) 212. In die Franse reg staan hierdie metode bekend as *école de l'exégèse*.

(*plain meaning*)³⁶ gevolg gegee moet word. Met ander woorde, hierdie sogenaamde expressed intention is assumed to be equivalent to the authentic intention.³⁷

Die gewone grammatikale betekenis van die wetstek word dus outomaties aan die 'wetgewer se bedoeling' gelykgestel. In *De Villiers v Cape Divisional Council*³⁸ het De Villiers HR dan ook hierdie outonomie van die wetstek uitdruklik gestel:

[T]he current of modern decisions seems to be in favour of considering the literal meaning of words in which the statute is expressed as the primary index to the intention with which the statute was made, and to abide by the literal meaning even where it varies from indications of the actual intention of the legislature.

Slegs indien die sogenaamde *plain meaning* van die woorde dubbelsinnig, vaag of misleidend is, óf indien 'n streng letterlike betekenis absurd sou wees, mag die hof van die letterlike betekenis afwyk om só 'n absurditeit of die dubbelsinnigheid te vermy.³⁹ Dit staan ook bekend as die 'goue reël' van uitleg. Dan is die hof daarop geregtig om van die sogenaamde 'sekondêre hulpmiddels' en die sogenaamde 'tersiêre' hulpmiddels (die gemeenregtelike vermoedens) gebruik te maak om die bedoeling van die wetgewer te vind.⁴⁰

Die letterlike benadering het veral in die regstelsels wat deur die Engelse reg beïnvloed is, hoogty gevier.⁴¹ Veral vier faktore het tot die ontstaan van die letterlike benadering in Engeland aanleiding gegee:

- Die leerstukke van die skeiding van magte en parlementêre soewereiniteit⁴² (wat

³⁶Dyzenhaus (1992) 85 verwys hierna as die *plain fact*-benadering.

³⁷Devenish (1992) 27.

³⁸(1875) Buch 50 op 65.

³⁹*Venter v R* 1907 TS 910 op 914.

⁴⁰Hahlo & Kahn (1973) 202; Celliers HS 'Die betekenis van vermoedens by wetsuitleg' (1962) *THRHR* 189-203.

⁴¹Hier te lande is die meer funksionele Romeins-Hollandse wetsuitlegmetodiek deur die Engelsregtelike letterlike benadering vervang ná die uitspraak van De Villiers HR in *De Villiers v Cape Divisional Council* [nt 38 hierbo], waarin beslis is dat wetgewing wat ná die Britse oorname van die Kaap aangeneem is, volgens die Engelse reëls van wetsuitleg uitgelê moes word. Volgens Steyn (1981) xxiii-xxv en Devenish (1992) 21 was hierdie beslissing verkeerd, want volgens die Engelse reg het die regstelsel van 'n verowerde gebied bly voortbestaan. Kellaway (1995) 18-22 huldig egter 'n teenoorgestelde standpunt (gebaseer op die argument van 'n *sg related jurisprudence*). Agv die resepsie van Engelsregtelike beginsels van wetsuitleg, wys Labuschagne JMT 'Gemenereg en wetsuitleg' (1984) *De Jure* 364 368-369 daarop dat dit meer korrek sou wees om na die gemenereg as Romeins-Europese reg te verwys, veral wat wetsuitleg betref.

⁴²Baxter (1984) 313.

tot 'n verwronge toepassing van die *iudicis est ius dicere sed non dare*-beginsel gelei het), het tot gevolg gehad dat die rol van die regsprekende gesag tot die meganiese uitleg en toepassing van die wetgewer se wil, soos dit in die wetsteks uitgedruk is, beperk is. Die wil van die wetgewende gesag is slegs in die woorde van die wetsteks te vinde.⁴³

- Die leerstuk van regspositivisme het veral in Engeland die letterlike benadering beïnvloed. Die positivistiese idee was gebaseer op die gedagte van die geldigheid van die bevel: dit wat die staat verorden, is die reg, en die wese van die reg is in die bevel of verordening geleë. Die taak van die regbank is beperk tot 'n analise van die reg soos dit is (die wil van die wetgewer), en nie hoe dit behoort te wees nie. 'n Streng onderskeid is tussen reg en moraliteit gehandhaaf, aangesien waarde-oordele in die regsproses op die beregting van beleidsaspekte sou neerkom.⁴⁴
- Engeland het 'n *common law*-regstradisie, waarin die hoër tradisioneel 'n regskeppende rol ten opsigte van die beginsels van die gemenereg gespeel het. Wetgewing is as die uitsondering op die reël beskou, wat die 'normale' gemenereg so min as moontlik moes versteur het.⁴⁵
- Die Engelse wetgewing is, sover moontlik, ter wille van regsekerheid uiters noukeurig en in uitgebreide detail opgestel om soveel toekomstige gevalle as moontlik te dek.⁴⁶ Gedetailleerde wetstaal is bo algemene terme verkies. Dit het aanleiding gegee tot die bekende stelreël dat die wetgewer alles wat 'bedoel' is, in die wetsteks voorgeskryf het. Die teks van die betrokke bepaling het dus altyd in die uitlegproses voorkeur geniet.⁴⁷

⁴³Sien **Lester A** 'English judges as law makers' (1993) *Public Law* 269 273 oor hoe die beginsel van letterlike uitleg tot 'n onskendbare reël van wetsuitleg verhef is.

⁴⁴**Dugard** (1971) 183-187.

⁴⁵**Baxter** (1984) 313.

⁴⁶**Samuels A** 'The interpretation of statutes' (1980) *Statute LR* 86.

⁴⁷**Devenish** (1992) 20; **Baxter** (1984) 313.

❑ Subjektiewe bevelsteorie

Die subjektiewe bevelsteorie, beter bekend as die bedoelingsteorie, is gebaseer op die onderskeid tussen taal enersyds, en idees en gedagtes andersyds.⁴⁸ Die bedoelings-teorie aanvaar dus nie dat die uitgedrukte bedoeling van die wetgewer (*intentio legislatoris*) noodwendig dieselfde is as die ware onderliggende bedoeling (*ratio legis*) nie. 'n Analogiese verband word tussen die bedoeling van 'n enkele persoon en die wilsuiteding van 'n groep getref.

Die 'bedoeling van die wetgewer' word egter as 'n fiksie gebruik.⁴⁹ Dit is nie soektog na die psigologiese bedoeling van 'n wetgewer nie, maar eerder die rekonstruksie⁵⁰ van die wetgewing se onderliggende idee.⁵¹ Vir **Steyn**⁵² is dit die taak van die wetsuitlegger om die wils- of gedagte-inhoud van die wetgewer vas te stel.

In die praktyk het 'bedoeling' egter 'n dubbelsinnige betekenis, wat onderhewig is aan die metodiek wat die betrokke uitlegger gebruik. 'Bedoeling' word in beide eng en wye sin toegepas. Die klassieke voorbeeld van die eng bedoeling van die wetgewer is die uitspraak van regter Kotze in *R v Kirk*.⁵³

But we can only arrive at the intention of the legislature by construing the actual words used. We cannot import words into the section not to be found therein, so as to arrive at what we may think or assume is the intention of the Act. The Court must interpret and give effect to what the Legislature has actually said, and not to what it may have intended to have said. We cannot insert words not used by the Legislature to meet what we may conceive was its real intention.

Hierdie toepassing van die 'bedoeling van die wetgewer' is dus bloot 'n manifestasie van regspositivisme.⁵⁴ Hierdie benadering kan derhalwe as 'bedoeling-in-teks' omskryf word: sodra die wetgewer gespreek het, is die taak van die uitlegger net om die 'bedoeling' uit die gegewe wetstek te vind en 'daaraan gehoor te gee'. In hierdie sin

⁴⁸Devenish (1992) 33.

⁴⁹Wiechers (1985a) 39.

⁵⁰Du Toit (1977) 11 verwys na die bedoelingsteorie as 'n romanties-historiese metode.

⁵¹Volgens Von Savigny (aangehaal in Henning (1967) 210 nt 1) is wetsuitleg die '*Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnenden Gedankens*.'

⁵²Steyn (1981) 1.

⁵³1914 CPD 564 567

⁵⁴Du Plessis (1986) 39 verwys daarna as *legislative positivism*.

is die bedoelingsbegrip net 'n gerieflike dekmantel vir die letterlike benadering.⁵⁵ In sommige gevalle is die wyer bedoelingsbegrip (bedoeling in teks en konteks)⁵⁶ deur die howe gebruik, wat eerder op 'n kontekstuele metodiek dui. Van Blerk AR het in *Stellenbosch Farmers' Wineries v Distillers Corporation (SA) Ltd*⁵⁷ die 'bedoeling van die wetgewer' in só 'n wyer kontekstuele sin gebruik:

Om agter die werklike betekenis van die woorde te kom moet vasgestel word wat die doel was wat die Wetgewer voor oë gehad het, en wat die rede vir die aanname van die artikel was.

❑ Kritiese evaluasie

Aangesien die letterlike benadering en die bedoelingsteorie (ook as dekmantel vir tekstualisme)⁵⁸ vir so lank die heersende wetsuitlegmetodiek was, word 'n kort kritiese oorsig van beide benaderings gesamentlik gegee:

- Woorde se letterlike grammatikale betekenis word as die primêre aanduiding van wetsbetekenis beskou.⁵⁹ Volgens *R v Hildick-Smith*⁶⁰

there is only one kind of interpretation with one definite object, and that is, to ascertain the true intention of the legislature as expressed in the Act.

Dit beteken dat die ander interne en eksterne hulpmiddels (konteks) wat aangewend behoort te word om die betekenis te bepaal, buite rekening gelaat word, tensy die letterlike betekenis van die teks onduidelik en dubbelsinnig is.⁶¹ Behalwe in die geval van 'n onduidelike en dubbelsinnige teks, het die uitlegger

⁵⁵Daar word na hierdie bedoelingsbegrip as die *literalist-cum-intentionalist*-benadering verwys: sien oa Devenish (1992) 35; Du Plessis (1986) 31-32; Cowen DV 'The interpretation of statutes and the concept of "the intention of the legislature"' (1980) *THRHR* 374 392-393; Du Plessis (1994b) 18. Baxter (1984) 319 wys daarop dat die bedoelingsbegrip dan eerder gebruik word om 'n tekstuele uitleg te regverdig (*justify*).

⁵⁶Sien ook Kruger TJ 'Bedoeling in teks en konteks' (1991) *Stell LR* 242ff.

⁵⁷1962 1 SA 458 (A) 473F.

⁵⁸Eskridge (1994) 10 klassifiseer die letterlike benadering en die bedoelingsteorie saam as *originalist theories*. Kruger (1994b) 105 stel dit as volg:

'Literalism and "intention" go hand in hand: they form two sides of the same coin. The "intention" appears from the "words", and the "words" determine the "intention".'

⁵⁹Cowen (1980) 382; Du Plessis (1986) 31-33.

⁶⁰1924 TPD 69 81. Sien ook Steyn LC 'Regsbank en regs fakulteit' (1967) *THRHR* 101 106-107 waar die eertydse hoofregter onomwonde verklaar dat hierdie funksie die *enigste taak* van die howe tydens wetsuitleg sou wees (my kursivering).

⁶¹Kruger (1994b) 105.

dus nie toegang tot die wye reeks beskikbare hulpmiddels nie. Die inligting wat tydens die proses vir 'n betekenisvolle en regverdige oplossing nodig is, word dus uitgesluit.

- Die woorde is slegs die medium waardeur betekenis oorgedra word.⁶² Soms word onvanpaste of foutiewe woorde gebruik, met die gevolg dat woorde as 'betekeniseenhede' nie altyd die ware betekenis kan weerspieël nie. Woorde se betekenis word ontleen aan die totale samehang waarin hulle gebruik word.⁶³ Die sin is dus die minimum betekeniseenheid by die uitleg van tekste, maar kan ook nie in isolasie verstaan word nie. Die sin vorm deel van die groter teks wat as geheel uitgelê moet word.⁶⁴
- Die sentrale rol wat die gemeenregtelike vermoedens tydens wetsuitleg moet speel, word tot 'n blote 'laaste uitweg' (tersiêre hulpmiddel) verlaag.⁶⁵ Die vermoedens word slegs gebruik indien die uitlegger ná die gebruik van die 'sekondêre hulpmiddels' steeds nie die wetgewersbedoeling kon vasstel nie.
- In beginsel is die letterlike benadering subjektief.⁶⁶ Die hof sal slegs van die sogenaamde *plain meaning* afwyk indien die teks onduidelik en dubbelsinnig is. Uiteindelik word die gebruik, al dan nie, van die intra- en ekstratekstuele hulpmiddels deur die 'duidelikheid' van die teks vir die besondere uitlegger bepaal.⁶⁷ Gevolglik is die betekenis van die wetgewing, asook die uiteindelijke konkretisering daarvan, afhanklik van die hof se beslissing oor die 'duidelikheid' van die betrokke wetstek. Die siening dat woorde duidelik en ondubbelsinnig kan wees, moet bevraagteken word. Geen geskrewe teks kan ooit só helder en duidelik wees dat dit nie vir meer as een interpretasie vatbaar is nie. Die wetsbetekenis is eers duidelik nadat die volledige uitlegproses voltooi is.⁶⁸

⁶²Sien bv Cowen (1976) 164.

⁶³Lester (1993) 273 stel dit as volg:

'Words cannot be read in isolation; their colour and content are derived from their culture and context.'

⁶⁴Lategan (1980) 117. Hy verwys na hierdie proses waardeur die teks as geheel bestudeer moet word as 'teksgrammatikas'.

⁶⁵Cowen (1980) 391; Wiechers (1985a) 41-45; Du Plessis (1986) 52.

⁶⁶Sien oa Cowen (1980) 390.

⁶⁷Devenish (1992) 58 verwys na 'n *qualified contextual approach*, maw die gebruik van kontekstuele faktore word gekwalifiseer word die afwesigheid van dubbelsinnighede en onduidelikhede in die wetstek, terwyl Cowen (1980) 380 dit *ambiguity as the 'open sesame' to the whole contextual scene* noem.

⁶⁸Du Plessis & Corder (1994) 66.

- Die tekstuele benadering laat daarbenewens min ruimte vir regterlike regsvoorming⁶⁹ (*judicial lawmaking*). Die howe word net as 'toepassingstegnici'⁷⁰ beskou; blote meganiese vertolkers van die reg⁷¹ (sg *his master's voice*-funksie). Hierdie siening skep verkeerdelik die indruk dat sodra die wetgewer gespreek het, die howe ophou met enige regskeppende funksie.
- Dit kan nouliks gesê word dat opeenvolgende historiese wetgewers 'n kollektiewe wetgewende 'wil' gehad het.⁷² Die werklike 'bedoeling' word ook nie ten volle in die historiese rekords weerspieël nie, aangesien die wetgewer meesal vir die wetgewing in geheel stem, ongeag hoeveel wetgewende doelstellings dit mag bevat.⁷³ In elk geval weier meeste howe om hierdie historiese rekords en voorafgaande beraadslagings gedurende die uitlegproses te gebruik om die wetgewer se kollektiewe wilsuiking van te stel.⁷⁴
- Die bedoelingsteorie behels 'n onnodige oor-die-skouer-kykery na 'n historiese wetgewer, en in die proses word die toekomstige verwesenliking van die wetgewing uit die oog verloor.⁷⁵
- Wat die 'bedoeling van die wetgewer' betref, maak **Cowen** drie belangrike onderskeidings:⁷⁶ daar moet onderskei word tussen die doel en oogmerk (*purpose*) van die wetgewing, en die redes hoekom die lede van die betrokke

⁶⁹Sien 3.4 (hieronder) vir 'n bespreking van die howe en regsvoorming tydens wetsuitleg.

⁷⁰**Labuschagne** (1982) 403.

⁷¹**Dugard** (1971) 182 verwys hierna as die *phonographic* rol van die regbank tydens wetsuitleg.

⁷²Sien bv die opmerking van **Botha CJ** (1996) 43:

'Anders gestel: die "bedoeling van die wetgewer" dui gevolglik op die subjektiewe en kollektiewe wilsvoorming van die meerderheid van die lede van die wetgewende liggaam, wat op die betrokke dag aanwesig was; welke wilsuiking op advies van 'n staatsdepartement en die voorskrifte van die wetsopstellers binne die riglyne van die regerende party se koudesdisipline plaasgevind het. Dit is tog belaglik!'

⁷³**Eskridge** (1994) 16.

⁷⁴In Suid-Afrika is verwysings na *Hansard* tydens die uitlegproses nog taboe, maar amptelike kommissieverslae mag wel gebruik word, mits daar 'n duidelike verband tussen die betrokke verslag en die daaropvolgende wetgewing is (sien bv *Westinghouse Brake and Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd* 1986 2 SA 555 (A)). In *Pepper v Hart* [1992] 3 WLR 1032 (HL) is beslis dat die Engelse howe wel parlementêre materiaal mag gebruik tydens wetsuitleg, met dié tekstuele kwalifikasie dat dit slegs toelaatbaar is indien die betrokke wetgewing dubbelsinnig of onduidelik is.

⁷⁵**Cowen** (1980) 391 en (1976) 166. **Eskridge** (1994) 47 beskryf dit dan ook as 'n argeologiese soeke na *original intent*. Sien bv *Finbro Furnishers (Pty) Ltd v Registrar of Deeds, Bloemfontein* 1985 4 SA 773 (A) 804D-E waar beslis is dat wetgewing uitgelê moet word volgens die betekenis daarvan op die tydstop wat dit aangeneem is.

⁷⁶**Cowen** (1980) 398.

wetgewende liggaam daarvoor gestem het; 'n onderskeid moet getref word tussen die duidelike oogmerk van die wetgewing (wat 'n logies afleibare oogmerk is), en die 'bedoeling van die wetgewer' in psigologiese sin (wat bloot bespiegeling is); en, daar moet besef word dat die oogmerk van wetgewing nie deur blote gissing en raaiwerk gevind kan word om 'n bepaalde uitleg te ondersteun nie, maar objektief vasstelbaar is.

- Die bedoelingsteorie (bevelsteorie) is op die soewereiniteit van die parlement gebaseer, en daarmee gaan sekere regspositivistiese ondertone gepaard. Afgesien van die feit dat só 'n uitlegmetodiek kennelik nie geskik is om die betekenis van wetgewing binne 'n regsorde waar 'n oppermagtige grondwet soewerein is, vas te stel nie, is dit inherent nie geskik om waarde-oordele tydens wetsuitleg te maak nie. Regsetiese norme word nie in gewone wetgewing gepositiveer nie, maar wel in die waardes wat 'n oppermagtige grondwet stut, en is ook te vind in die gemeenregtelike erfenis en ander ekstratekstuele bronne. Om tydens die uitlegproses slegs na die 'wil van die wetgewer' te soek, sou dus per definisie 'n waardegerigte metodiek negeer.⁷⁷

(c) Die 'wyer' benaderings

□ Doeldienende (kontekstuele) uitleg

Hierdie benadering is daarop gemik om die subjektiwiteit van die begrip 'bedoeling' te vermy. In stede van die sogenaamde 'bedoeling van die wetgewer' word die juridiese funksionele voorop gestel.⁷⁸ Aangesien die wetgewersfunctie 'n doelgerigte aktiwiteit is, moet 'bedoeling' deel word van die doeldienende verwysingsraamwerk van die oogmerk van wetgewing. Volgens hierdie objektiewe doelbenadering word die beoogde doel van die wetgewing as die oorheersende faktor beskou.⁷⁹ Beide die teks en konteks

⁷⁷Kruger (1994b) 105.

⁷⁸Labuschagne (1989) 209.

⁷⁹Volgens Lord Denning in *R v Crown Court at Sheffield ex parte Brownlow* 1980 2 All ER 444 (QB) 450-451 is dit die taak van die uitlegger *to promote the general legislative purpose*. Hierdie vereiste is selfs sterker gestel in *Transvaal Consolidated Land & Exploration Co Ltd v Johannesburg City Council* 1972 1 SA 88 (W) 94G:

'[T]he purpose of an enactment is always more powerful than the words used.'

van die wetgewing word in aanmerking geneem om die oogmerk van die wetgewing vas te stel.⁸⁰ Dit word beklemtoon dat die 'bedoeling' objektief bepaal moet word: die subjektiewe kriteria wat na die 'bedoeling van die wetgewer' as kollektiewe liggaam verwys, word vervang deur die oogmerk of doelwit van die wetgewing in die objektiewe sin. Die wetsbetekenis kan dus ontwikkel om nuwe probleme die hoof te bied, maar terselfdertyd word legitimiteit behou, aangesien die uitleg steeds verbind is met die oorspronklike wetgewende verwagtings.⁸¹ Alhoewel hierdie teorie probeer om 'n doelgerigte perspektief op wetsuitleg te plaas, is **Devenish**⁸² nietemin van mening dat dit deel vorm van die *intention-based theories*.

Wetgewing is 'n doeldienende aktiwiteit. Volgens **Labuschagne** is die wetgewingsproses 'n juridiese doelorganisme: dit is 'n proses wat 'n doel najaag,⁸³ of anders gestel, die wetgewing moet iets in die regsorde bereik. Daarom is doeldienende uitleg gemik op die verwerkliking (konkretisering) van die doel van die bepaling.⁸⁴ Lord Diplock het hierdie benadering soos volg in *R v National Insurance Commissioners*⁸⁵ saamgevat:

[A] purposive approach to the Act as a whole to ascertain the social ends it was intended to achieve and the practical means by which it was expected to achieve them.

Met die doeldienende benadering word gepoog om die mees doelgerigte en samehangende (*coherent*) uitleg te volg, maar dit is juis hier waar die doeldienende benadering se gebrek lê, naamlik

[I]ts failure to aspire to a higher coherence - the coherence of the legal system as a whole.⁸⁶

⁸⁰ Wat doeldienende uitleg betref, is daar twee uiteenlopende standpunte onder Suid-Afrikaanse juriste ten opsigte van die misstandsreël (*mischievous rule*) wat in die bekende *Heydon's Case* (1584) 3 Rep 7a geformuleer is. **Du Plessis** (1986) 33 meen dat die misstandsreël die grondslag vorm van doeldienende uitleg, terwyl **Devenish** (1992) 28 standpunt inneem dat dit slegs deel vorm van *qualified contextual interpretation* nadat die teks geweeg en dubbelsinnig bevind is.

⁸¹ **Eskridge** (1994) 26.

⁸² **Devenish** (1992) 38. Ook **Eskridge** (1994) 10 klassifiseer doeldienende uitleg onder *originalist or archeological theories*.

⁸³ **Labuschagne** (1982) 405.

⁸⁴ **Labuschagne JMT** 'Die opkoms van die teleologiese benadering tot die uitleg van wette in Suid-Afrika' (1990) *SALJ* 569 573.

⁸⁵ [1972] AC 944 1005D-E

⁸⁶ **Mureinik** (1986) 620.

Die 'doel' van die wetgewing kan onregverdig wees, want as sodanig is dit die produk van die wetgewende beleid van die huidige regering. In die proses kan fundamentele waardes ignoreer word, want doeldienende uitleg is nie noodwendig op die handhawing van hoër waardes gerig nie.⁸⁷ Juis daarom is **Du Plessis & Corder** van mening dat dit eerder *purpose-seeking* as bloot *purposive* moet wees.⁸⁸

❑ **Objektiewe delegasieteorie**

Alhoewel die verskillende teorieë oor wetsuitlegbenaderings nie noodwendig identies is nie, stem die objektiewe delegasieteorie met die Duitse belangeleer (*Interessen-jurisprudenz*) ooreen. Die taak van die reg is belangebeskerming, en regsaanwending is derhalwe gerig op 'n bepaalde belang. Die wetstek is op die gegewe werklikheid gerig en moet in samehang met dié belange waarop dit gerig is, uitgelê word.⁸⁹ Wetsuitleg en regsaanwending is gevolglik dieselfde aaneengeskakelde proses.⁹⁰

Sodra die wetstek gepromulgeer is, is die wetgewer se taak voltooi,⁹¹ en verkry die wetstek 'n eie karakter. Die regter tree as medewerker of vennoot van die wetgewer op, en werk saam in die regsvormingsproses.⁹² Leemtevuulling en wetsuitleg is dus ook sinoniem.⁹³ streng gesproke word wetgewing nie uitgelê nie, maar gevorm. Die woorde van die wetstek is bloot 'n delegasie of magtiging aan die hof om die teks binne die raamwerk van die regterlike bevoegdheid uit te lê.⁹⁴

Labuschagne verduidelik gemelde delegasie as volg: 'n wet soos in die dokument vervat, is onvolledig en is slegs 'n struktuurwet. Slegs wanneer die hof daaraan

⁸⁷Eskridge (1994) 26; Devenish (1995) 261.

⁸⁸Du Plessis & Corder (1994) 85.

⁸⁹Henning (1967) 218.

⁹⁰Labuschagne (1982) 404.

⁹¹Payne D 'The intention of the legislature in the interpretation of statutes' (1956) *Current Legal Problems* 91 96 en 105 gaan selfs van die standpunt uit dat die wetgewer *functus officio* is nadat die wetgewing gepromulgeer is, en dat die uitlegger die junior vennoot in die wetgewende proses is.

⁹²Henning PJ van R 'Reg, billikheid, en in verband daarmee, regterlike regsvorming' (1968) *THRHR* 242 244.

⁹³Henning (1967) 223-225.

⁹⁴Devenish (1992) 50.

gevolg gee, word die struktuurwet 'n werklike en voltooië funksiewet. Die wet is situasiegebonde en die proses beweeg vanaf die algemeenheid van die struktuurwet tot die besonderheid van die funksiewet. Dit is dus 'n voortdurende geval-tot-geval proses. Die wetgewingsproses begin sonder uitsondering by die ontstaan van 'n behoefte aan regsordening in die gemeenskap en eindig elke keer by die vervulling van die behoefte deur die regspreker.⁹⁵ Die algemene struktuurwet bestaan uit abstrakte reëls wat deur die uitlegger geoperasionaliseer word.⁹⁶ Die uitlegger is die laaste skakel in die wetgewingsproses en moet dus toesien dat die resulterende regsaaanwending 'n sinvolle en geregtigheidsgerigte einde het.⁹⁷ Hierdie benadering neem dan ook die toekomsdimensie van wetsuitleg in ag, juis omdat die wetstek in elke nuwe geval 'n delegasie aan die betrokke uitlegger is om die bepaling vir daardie geval te konkretiseer.⁹⁸

□ **Teleologiese (*value-coherent*) uitleg**

Hierdie benadering beklemtoon die onderskeid tussen die 'gees' en die woorde van wetgewing. Wetgewing het noodwendig 'n eties-normatiewe komponent (*justice*) wat nie tydens die uitlegproses geïgnoreer mag word nie. **Labuschagne** meen dat dit die taak van die regspreker is om toe te sien dat die 'regsnormvormingsproses' 'n sinvolle en geregtigheidsgerigte einde het.⁹⁹

Dit is juis hierdie geregtigheidsbegrip¹⁰⁰ wat die grondslag van teleologiese uitleg vorm. Regsprekers moet gelei word deur daardie regswaardes wat deel vorm van hulle gemeenregtelike erfenis.¹⁰¹ Volgens **Du Toit** is die billikheidsbegrip onontbeerlik vir die

⁹⁵**Labuschagne** (1989) 206; **Labuschagne** (1983) 435.

⁹⁶**Bülow O** 'Statutory law and the judicial function' (1995) 39 *American Journal of Legal History* 71 75-76.

⁹⁷**Labuschagne** (1985) 60.

⁹⁸Dit sluit aan by **Cowen** (1976) 156 se *continuing time-frame* en **Du Toit** (1977) 12-13 se *dimension of futurity*, asook **Eskridge** (1994) 9, waar hy verklaar:

'The meaning of a statute is not fixed until it is applied to concrete circumstances, and it is neither uncommon nor illegitimate for the meaning of a provision to change over time.'

⁹⁹**Labuschagne** (1989) 207.

¹⁰⁰**De Vos W** 'Vrye regsvinding?' (1967) *THHR* 362 364 kritiseer hierdie sg 'billikheidsgevoel' van die regter. Volgens hom sal dit lei tot 'gevoelsbeslissings', wat regsekerheid in die wêreld sal ry.

¹⁰¹**Dugard** (1971) 195-198.

aanvulling van die positiewe reg in individuele gevalle: die behoefte aan billikheid vloei uit die aard van die positiewe reg voort.¹⁰² Binne Suid-Afrikaanse konteks word die teleologiese benadering as volg omskryf:¹⁰³

The contextualization of inherently unjust legislation in the moral matrix of the libertarian ethos and jurisprudence of our common law is the essence of the teleological approach.

Die beginsels onderliggend aan teleologiese uitleg kan teruggevoer word na die natuurreg, die Engelsregtelike *equity*-beginsel van die 16e en 17e eeu, asook die beginsels van billikheid en geregtigheid van die Romeins-Hollandse reg.¹⁰⁴ Lord Coke het die *equity*-beginsel in die bekende *Bonham's Case*¹⁰⁵ as volg uiteengesit:

[T]he common law wil control Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.

Devenish¹⁰⁶ wys daarop dat die hedendaagse Engelsregtelike gebruik van die uitlegvermoedens teleologiese karaktertrekke openbaar. Dit kan nietermin ook van die aanwending van uitlegvermoedens in die algemeen gesê word. Die gemeenregtelike uitlegvermoedens het juis sekere eties-morele vertrekpunte in die uitlegproses teweeggebring, maar hierdie waardebelaaide basis is in Suid-Afrika veral deur die opkoms van parlementêre soewereiniteit tot 'n oppervlakkige derderangse status verlaag.¹⁰⁷

Die fokus van die teleologiese benadering is ruimer as net 'n doeldienende aktiwiteit: dit is 'n holistiese, allesomvattende benadering wat erken dat die *telos* van wetgewing nie net die doel van die betrokke wetgewing omvat nie, maar ook op die ineen-skakeling van ander faktore (soos oa hoër waardes en norme) dui. **Mureinik** definieer wetsuitleg binne 'n teleologiese raamwerk: dit is die dialektiese proses waardeur

¹⁰²Du Toit DC 'Die *aequitas* en regulatiewe regsbeginnels' (1976) *TRW* 39 47.

¹⁰³Devenish (1992) 44.

¹⁰⁴Sien oa Devenish (1992) 39-48; Van der Vyver (1989) 158-161 en 183.

¹⁰⁵(1610) 8 Coke's Reports 114 118a. Hierdie standpunt dat die howe wette van die parlement ogv die natuurreg ongeldig kon verklaar was egter óf bloot *obiter* (sien Wiechers (1981) 336) óf nie verteenwoordigend van die heersende standpunt nie (sien Carpenter (1987) 138 nt 35).

¹⁰⁶Devenish (1992) 41

¹⁰⁷Sien 3.3 hieronder.

uitdrukking aan die reg gegee word (insluitend die etos en moraliteit van die gemene reg). Gevolglik moet die wetreg met die gemene reg geharmonieer word. Teleologiese uitleg (*value-coherent interpretation*) is 'n verheve begrip van uitleg wat verder strek as net letterlike- en doeldienende uitleg.¹⁰⁸ die regspreker moet daarna streef om daardie uitleg (*construction*) te vind wat harmonieer met die morele waardes wat die regstelsel die beste verduidelik.¹⁰⁹

Uiteindelik is die billikheidsbegrip die ontsluitingsmeganisme waardeur die grammatikale (tekstuele) elemente van die regsreël aangevul word deur teleologiese (regsetiese) kriteria om te verseker dat 'n transformasie (verdieping van die regsbetekenis) teweeggebring word. Volgens **Henning**¹¹⁰ is billikheid 'n funksionele begrip, wat help om die starre reg 'n gelykmakende en harmoniese werking te gee, omrede dit na geregtigheid vir die betrokke geval streef.¹¹¹

Teleologiese uitleg is derhalwe 'n beoordelende (*evaluative*)¹¹² wetsuitlegmetode waar 'n evaluasie van die wetsbepaling binne 'n waarde-raamwerk gemaak word.¹¹³ Die teleologiese benadering beklemtoon die gepositiveerde waardes tydens die uitlegproses, en gevolglik behoort wetsuitleg die soeke na die normatiewe wetsbetekenis te

¹⁰⁸Dit wil egter voorkom of **Labuschagne** (1990) 569-573 (asook **Labuschagne JMT** 'Doelorganiese regsnormvorming: opmerkinge oor die grondreëls van die uitleg van 'n handves van menseregte' (1993) *SAPR/PL* 127 128-130) probeer om doeldienende uitleg en teleologiese uitleg aan mekaar gelyk te stel. Hy verwys oa na Smalberger AR se uitlegmetodiek in *Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries* 1990 1 SA 925 (A) as 'n 'begrensde doeldienende benadering', wat ooreenstem met **Devenish** (1992) 58 se definisie van 'n *qualified contextual approach*. Beide metodes is niks anders as die tradisionele *plain meaning*-metode van wetsuitleg nie. Sien **Botha CJ** 'Literalisme: stuit en onttrek, of 'n nuwe offensief?' (1990) *THRHR* 614ff vir 'n kritiese bespreking van bg beslissing.

¹⁰⁹**Mureinik** (1986) 622-626. **Du Toit** (1992) 24 verwys na só 'n billikheidsgerigte uitlegmetode as 'an interpretation with vision, against anarchy, against decadence, for humanity.' Binne Afrika-konteks sluit hierdie bewussyn van *humanity* aan by die inheemse *ubuntu*-begrip. Sien verder **Botha CJ** (1996) 111-112 vir 'n bespreking van die aanwending van *ubuntu* tydens wetsuitleg.

¹¹⁰**Henning** (1968a) 248. Streng gesproke vorm die vermoede dat die wetgewer nie onredelike, onbillike of onregverdige resultate beoog nie, die 'hart' van wetsuitleg. Sien ook **Du Toit** (1992) 27 in dié verband.

¹¹¹Sien ook **Labuschagne JMT** 'Regsekerheid en betekenisconstantheid by wetsuitleg' (1991) *TRW* 15 18 wat daarop wys dat geregtigheid 'n dinamiese begrip is wat met die verloop van tyd kan verander. Sien verder **Van Zyl DH** 'The significance of the concepts "justice" and "equity" in law and legal thought' (1988) *SALJ* 272ff tav die oorvleuelende betekenisse van geregtigheid en billikheid.

¹¹²**Devenish** (1992) 46.

¹¹³Hierdie konkretisering van 'n wetsbepaling binne 'n waarderaamwerk vind aansluiting by **Cockrell** (1996) 1ff se siening oor *substantive legal reasoning*.

wees.¹¹⁴ Trouens, die toepassing van die geregtigheidsbegrip behoort die nuwe 'primêre reël' van wetsuitleg en regsaaanwending te wees:

[P]reservation of these norms of legal ethics should always remain the primary target of interpreters of the written law. I am suggesting that the interpretation of statutes, as a matter of positive law, requires that one should *in every instance* read as much justice into every act of parliament and the decrees of subordinate legislatures (as well as into judicial precedents and the common law) as the words of the written instrument in question would possibly permit.¹¹⁵

□ Vrye regsleer

Die vrye regsleer (*Freirechtslehre*) bevry die regter van die dwang van die teks en deduktiewe logika.¹¹⁶ Binne die parameters van billikheid en geregtigheid tree die uitlegger dan regskeppend op. **Kellaway**¹¹⁷ klassifiseer dit dan ook as die *sense of justice*-teorie (*Freirechtliche und Gefühlsjuristische Methoden*).

Die regterlike diskresionêre vryheid word verabsoluteer, en logika word alleen aangewend om die beslissing te regverdig. Dit beteken onvermydelik dat wetsuitleg (as die uitoefening van keuses) 'n kuns eerder as 'n wetenskap is. Die uitlegproses is nie 'n rasonale proses wat deur reëls en vermoedens gelei word nie: die uitlegger kom intuïtief en instinktief tot 'n gevolgtrekking, gelei deur persoonlike waarde-oordele en voorveronderstellings.¹¹⁸ Logika (die reëls en vermoedens van wetsuitleg) word dan *ex post facto* gebruik om die aanvanklike gevolgtrekkings te regverdig. Die regter spreek dan 'begeerde reg'.¹¹⁹ As teenreaksie op die starre formalisme van letterlike uitleg word die wetstek deur diskresionêre regterlike regsvorming vervang.

Beide **Du Plessis**¹²⁰ en **Devenish**¹²¹ onderskei verder 'n gematigde groep¹²² binne

¹¹⁴Du Toit (1976) 51.

¹¹⁵Van der Vyver (1989) 179 (my kursivering). Sien ook die omskrywing van 'aktivisme' in hfst 1 hierbo.

¹¹⁶Henning (1967) 215.

¹¹⁷Kellaway (1995) 66. Sien ook Cowen (1976) 153.

¹¹⁸Henning (1967) 216.

¹¹⁹Henning (1968a) 243.

¹²⁰Du Plessis (1986) 34-35.

¹²¹Devenish (1992) 48-50.

¹²²Vir alle praktiese doeleindes ressorteer hierdie 'gematigde' groep êrens tussen doeldienende uitleg en die objektiewe delegasieteorie. Sien bv Cowen (1976) 158, wat Lord Denning se *dictum* in *Seaford*

hierdie benadering, wat aanvaar dat die regter noodwendig regskeppend moet optree om enige tekortkominge in wetgewing aan te vul. Lord Denning se bekende *dictum* in *Seaford Court Estates Ltd v Asher*¹²³ illustreer hierdie sienswyse:

[A] judge must not alter the material of which it (a statute) is woven, but he can and should iron out the creases.

Die siening dat die uitlegger se regskeppende funksie 'n onderskeidende kenmerk van slegs die vrye regsleer is,¹²⁴ moet egter bevraagteken word.¹²⁵ Die feit dat die uitlegger se regskeppende funksie ook 'n sleutelrol by kontekstuele (doeldienende) uitleg en teleologiese uitleg speel, word deur só 'n simplistiese kategorisering uit die oog verloor. Wat wel deurslaggewend is, is nie die uitlegger se regskeppende optrede nie, maar die grondslag waarop sodanige regskepping gefundeer is.

Wat die 'radikale' vleuel van die vrye regsleer betref, moet daar met die kritici saamgestem word: die uitlegger se gevolgtrekkings word nie op enige intra- en ekstra-tekstuele oorwegings gebaseer nie, maar suiwer op persoonlike, subjektiewe keuses. Verder is die uitlegger se waarde-oordele nie op enige gepositiveerde waardes gebaseer nie, maar op persoonlike opvattinge oor reg en geregtigheid.¹²⁶ Dit is gevolglik juis hierdie kenmerk wat die teleologiese benadering van die vrye regsleer se *sense of justice* onderskei.

Court Estates v Asher [1949] 2 KB 481 499 binne die raamwerk van die delegasieteorie aanhaal.

¹²³[Nt 122 hierbo].

¹²⁴So 'n siening is waarneembaar by Van Heerden (1988) 61.

¹²⁵Sien bv Hahlo & Kahn (1973) 304-325 tov *judicial law-making*, veral tov die gemene reg, asook 3.4 (regterlike regsvorming) hieronder.

¹²⁶Sien Cowen (1976) 153 se opmerking oor die vrye regsteorie:

'The language of a statute is a standing invitation to a court of law to give the document any meaning that satisfies the court's sense of justice.'

3.3 DIE SUID-AFRIKAANSE WETSUITLEGMETODIEK

(a) Die tradisionele metodiek

Die *plain meaning*-benadering¹²⁷ was vir dekades die tradisionele wetsuitlegbenadering in Suid-Afrika. Dié benadering behels dat 'n letterlike of grammatikale betekenis aan die wetstekes gegee moet word. Hierdie 'gewone betekenis' of *plain meaning* is analoog aan die 'wetgewersbedoeling' gestel, dit wil sê, die grammatikale betekenis van die teks in 'n bedoelingsvermomming (*plain meaning of the text in an intentional disguise*).¹²⁸ Die howe kon slegs van die letterlike betekenis afwyk indien dit dubbelsinnig of onduidelik was, of indien dit tot 'n absurde resultaat sou lei.¹²⁹ In verskeie sake is beslis dat indien die wetgewer 'n besondere bedoeling gehad het, dit in die duidelike en ondubbelsinnige woorde van die teks uitgedruk word.¹³⁰

Hierdie benadering berus op die 'heerskappy van die woord' en gee aanleiding tot wat **Steyn**¹³¹ 'letterknegtelike woordkibbelary' noem. Gevolglik word die 'bedoeling van die wetgewer' verlaag tot die letterlike betekenis.¹³² Slegs lippediens is aan die 'bedoeling van die wetgewer' gegee, omdat die 'duidelike en ondubbelsinnige betekenis van die woorde' outomaties tot die wil en bedoeling van die wetgewer verhef is. Die gevolg hiervan is dat die gewone, grammatikale betekenis van die teks die 'wetgewersbedoeling' beslissend bepaal.¹³³

¹²⁷Vir alle praktiese doeleindes is hierdie benadering in Suid-Afrika 'n samesmelting van die teksgebaseerde benaderings (tekstualisme en die subjektiewe bevelsteorie) soos onder 3.2 (hierbo) bespreek. Sien ook **Kruger** (1994b) 104-105; **Du Plessis** (1986) 35-39; **Du Plessis & De Ville** (1993a) 63-87.

¹²⁸In o.a. *Union Government v Mack* 1917 AD 731 en *Farrar's Estate v CIR* 1926 TPD 501 is beslis dat die bedoeling van die wetgewer uit die bepaalde woorde of frases wat gebruik is, afgelei moet word.

¹²⁹**Kellaway** (1995) 187-189 propageer die aanvaarding van die sg *triple synthesis*-teorie. Volgens hierdie teorie sou die mees aanvaarbare wetsuitlegbenadering 'n sameflansing van die letterlike benadering, die bedoelingsteorie en die doeldienende benadering wees. Hiermee kan hoegenaamd nie saamgestem word nie. Hierdie drie benaderings het verskillende filosofiese grondslae en uiteenlopende standpunte oor die wese van taal, asook die regs vormende rol van die howe tydens wetsuitleg. Alle wetsuitlegteorieë omvat wel 'n komponent of fase waarin die wetstekes bestudeer word, maar dit beteken nie dat dit 'n inkorporasie van letterlike uitleg is nie.

¹³⁰O.a. *Ensor v Rensco Motors (Pty) Ltd* 1981 1 SA 815 (A).

¹³¹**Steyn** (1981) 68.

¹³²**Cowen** (1980) 382.

¹³³**Du Plessis** (1986) 32.

In 'n sekere opsig het twee bekende stelreëls (*maxims*) die basis van die *plain meaning*-benadering in Suid-Afrika gevorm:

- Volgens die stelreël *iudicis est ius dicere sed non dare* is die funksie van die hof bloot om wetgewing uit te lê en nie om dit te skep nie. Volgens *Harris v Law Society of the Cape of Good Hope*¹³⁴ is die hof aan die duidelike letter van die wet gebonde en het die *iudicis est*-reël tot gevolg dat slegs die wetgewer gebreke in wetgewing kan regstel. Hierdie benadering is afkomstig uit die *trias politica*-leerstuk. Ongelukkig is hierdie beginsel in die verlede as regverdiging vir 'n tekstuele benadering gebruik. Die algemene konteks en die oogmerk van wetgewing is grootliks uit die oog verloor.
- Die bekende *casus omissus*-reël is 'n uitvloeisel van die beginsel dat die hof net die reg mag spreek en nie mag vorm nie. Hiervolgens mag 'n hof nie 'n weglating in 'n wet aanvul nie, want dit is die funksie van die wetgewer.¹³⁵

Hierdie metode van wetsuitleg is mettertyd verhef tot die *law of the land*.¹³⁶ In *Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries*¹³⁷ kom appèlregter Smalberger tot die merkwaardige gevolgtrekking dat, alhoewel die 'bedoeling van die wetgewer' die sogenaamde primêre reël van wetsuitleg is,

[I]t must be accepted that the literal interpretation principle is firmly entrenched in our law and I do not seek to challenge it.¹³⁸

Aangesien hierdie benadering 'n sterk regspositivistiese grondslag het, kon die hof enige waarde-oordele oor diskriminerende en onbillike wetgewing wat uitgelê moes word, ontwyk, en gerieflikheidshalwe agter die *ius dicere*-reël skuil. In *R v Tebetha* het appèlregter Hoexter die hof se geregtighedsgerigte regsvormende rol as volg vermy:

Jus dicere, non dare is the function of the Court and the language of an Act of Parliament must neither be extended beyond its natural sense and proper limits in order to supply omissions and defects, nor strained to meet the justice of an individual case.¹³⁹

¹³⁴1917 CPD 449

¹³⁵*Ex Parte Slater Walker Securities (SA) Ltd* 1974 4 SA 657 (W)

¹³⁶*Kalla v The Master* (hierbo).

¹³⁷[Nt 108 hierbo].

¹³⁸Op 934J van die verslag.

¹³⁹1959 2 SA 337 (A) 346.

Die tradisionele wetsuitlegmetodiek het derhalwe meegehelp om die *status quo* te handhaaf en die legitimiteit van die hele Suid-Afrikaanse regstelsel te verlaag.¹⁴⁰ As gevolg van die meerderheid van die hof se onbuigsame en formalistiese manier van wetsuitleg is die beginsels van geregtigheid onderliggend aan die Romeins-Hollandse reg, binne die raamwerk van parlementêre soewereiniteit geïgnoreer.¹⁴¹

(b) Die opkoms van kontekstualisme

Alhoewel die *plain meaning*-benadering deur die meerderheid van die Suid-Afrikaanse wetsuitleggers gebruik is, was sommige hofe sedert *Jaga v Dönges*¹⁴² meer gewillig om die teks van die wetgewing in die lig van die wyer kontekstuele raamwerk uit te lê. In sy minderheidsuitspraak het appèlregter Schreiner die volgende belangrike riglyne vir toekomstige wetsuitleg uitgespel:¹⁴³

- Die uitlegger mag van meet af aan die wyer konteks van die bepaling (oa die trefwydte en doel van die bepaling) saam met die betrokke wetstek in ag neem.
- Ongeag hoe duidelik en ondubbelsinnig die grammatikale betekenis van die wetstek ook al mag wees, moet die relevante kontekstuele faktore (oa die praktiese gevolge van een uitleg bo 'n ander, asook die agtergrond van die bepaling) in ag geneem word. Die proses is nie voltooi alvorens die konteks in berekening gebring is nie.
- Soms mag hierdie wyer konteks van die bepaling selfs belangriker as die teks wees.
- Sodra die betekenis van die teks en konteks (*language in context*) vasgestel is, moet dit toegepas word, ongeag of die uitlegger persoonlik van mening is dat die wetgewer iets anders bedoel het.

¹⁴⁰Hierdie aspek het tot die beskuldiging dat die Suid-Afrikaanse regbank *executive-minded* is aanleiding gegee: sien bv **Cameron E** 'Legal chauvinism, executive-mindedness and justice: LC Steyn's impact on South African law' (1982) *SALJ* 38ff, **Wicks R** 'Judges and injustice' (1984) *SALJ* 266ff en **Cameron E** 'Nude monarchy: the case of South Africa's judges' (1987) *SAJHR* 338ff.

¹⁴¹**Du Plessis** (1986) 2; **Dugard** (1971) 181-200.

¹⁴²1950 4 SA 653 (A).

¹⁴³Op 662G-664H van die verslag. Sien veral **Cowen** (1980) 393-395 in dié verband.

Hierdie minderheidsuitspraak was die eerste daadwerklike poging in Suid-Afrika om met behulp van die wyer konteks, verby die grammatikale *plain meaning* van die wetstek na die oogmerk van die wetgewing te soek.¹⁴⁴

Alhoewel *Jaga v Dönges* nie dieselfde onmiddellike invloed op alle uitleggers in Suid-Afrika gehad het nie, was daar tog 'n groter wordende getal kontekstuele uitsprake. In *Esselman v Administrateur SWA*¹⁴⁵ het die hof uitdruklik na 'doeldienende' uitleg verwys:

As uitlegger van 'n wetsbepaling moet die Hof van die veronderstelling uitgaan dat die wetgewer 'n doelmatige en doeldienende bepaling wil maak. Die Hof sal 'n uitleg vermy wat die wetsbepaling verydel en nutteloos maak.

In *Kanhym Bpk v Oudtshoorn Munisipaliteit*¹⁴⁶ is daar uitdruklik na die oogmerk en doelwit verwys:

Daar moet gekyk word na die doelwit van die voorskrif en of hierdie oogmerk bereik is deur wat gedoen is.

Appèlregter Wessels (met 'n aanhaling uit die Schreiner-uitspraak) het die proses waardeur teks en konteks gebalanseer moet word, in *Stellenbosch Farmers' Wineries v Distillers Corporation (SA) Ltd*¹⁴⁷ as volg beskryf:

In my opinion it is the duty of the Court to read the section of the Act which requires interpretation sensibly, ie with due regard, on the one hand, to the meaning or meanings which permitted grammatical usage assigns to the words used in the section in question and, on the other hand, to the contextual scene, which involves consideration of the language of the rest of the statute as well as the 'matter of the statute, its apparent scope and purpose, and, within limits, its background'. In the ultimate result the Court strikes a proper balance between these various considerations and thereby ascertains the will of the Legislature and states its legal effect with reference to the facts of the particular case which is before it.¹⁴⁸

Appèlregter Jansen se uitspraak in *Mjuqu v Johannesburg City Council*¹⁴⁹ kan byna as 'n modelvoorbeeld van die kontekstuele benadering beskou word, aangesien hy die hele spektrum van hulpmiddels en omringende faktore gebruik het om te verseker dat

¹⁴⁴Cowen (1980) 393 verwys na die uitspraak as a *watershed and seminal contribution*, terwyl Devenish (1992) 53 dit die *locus classicus* van kontekstuele uitleg in Suid-Afrika noem. Sien ook Kruger (1991b) 242-243 vir 'n meer kritiese standpunt oor die uitspraak.

¹⁴⁵1974 2 SA 597 (SWA) 599F.

¹⁴⁶1990 3 SA 252 (K) 261.

¹⁴⁷[Nt 57 hierbo].

¹⁴⁸Op 476E-F van die verslag.

¹⁴⁹1973 3 SA 421 (A).

die oogmerk en trefwydte van die betrokke wetgewing bepaal word. In *University of Cape Town v Cape Town Bar Council*¹⁵⁰ het die voormalige hoofregter, regter Rabie, ook korrek beslis dat die hof alle kontekstuele faktore in ag moet neem om die 'bedoeling van die wetgewer' te vind, ongeag of die wetstekes duidelik en ondubbelsinnig is of nie.

Ten spyte daarvan dat 'n breër kontekstuele benadering deur sommige howe tydens wetsuitleg gebruik is, was daar nie 'n algemene aanvaarding¹⁵¹ daarvan deur die regbank nie.¹⁵² Die kunsmatige onderskeid wat in *Public Carriers* tussen die 'bedoeling van die wetgewer' en die oogmerk (*purpose*) van die wetgewing getref is, asook die aanname dat die letterlike benadering as metode van wetsuitleg in Suid-Afrika 'verskans' is,¹⁵³ is 'n sprekende voorbeeld daarvan dat ongekwalfiseerde kontekstuele uitleg aan die begin van die negentigerjare eerder die uitsondering op die reël was.¹⁵⁴ Daar moes op die koms van die nuwe beregbare oppermagtige grondwet gewag word om die tradisionele benadering 'n finale nekslag toe te dien.

¹⁵⁰1986 4 SA 903 (A).

¹⁵¹Sedert Cowen (1976) en (1980) se twee artikels wat Suid-Afrika, wat wetsuitleg betref, uit die regs-hermeneutiese Middeleeue geruk het, is 'n kontekstuele metodiek (in die wye sin van die woord) deur meeste Suid-Afrikaanse akademici voorgestaan.

¹⁵²Aangesien die landdroshowe volg waar die Hooggeregshof lei, kan dit met redelike sekerheid aanvaar word dat die tradisionele metode van wetsuitleg veral in die laerhowe toegepas is, veral aangesien landdroste nie aan die nuutste wetsuitlegteorieë blootgestel word nie. In hierdie opsig kan die vinger na die wyse van onderrig van wetsuitleg aan universiteite gewys word. Sien Botha CJ (1996) v hieroor:

'Wetsuitleg was vir baie jare die stiefkind van die regsfakulteite. Alhoewel daar gedurende die afgelope dekade of wat talle artikels en ander navorsing oor die vakgebied verskyn het, wil dit ongelukkig voorkom of uitleg van wette aan die meeste regsfakulteite binne die raamwerk van die tradisionele benadering aangebied was. Gevolglik verlaat honderde studente jaarliks die universiteite geskool in 'n verouderde en uitgediende benadering tot wetsuitleg. Dit lei daartoe dat praktisyns en lede van die regbank op alle vlakke bloot die *status quo* verskans het.'

¹⁵³Sien veral Botha CJ (1990) 614ff vir 'n kritiese evaluasie van hierdie uitspraak.

¹⁵⁴Sien ook Kruger (1991b) 242ff se bespreking van *Toms v The State*; *Bruce v The State* 1990 2 SA 801 (A).

(c) Wetsuitleg en die oppermagtige grondwet

In 1992 het **Devenish**¹⁵⁵ die volgende profetiese stelling gemaak:

A new post-apartheid constitution for South Africa should contain a provision authorizing a teleological method or theory of interpretation.

Hierdie pleidooi het nie net sekere regsakademici se hoop op 'n algemeen-aanvaarde breë kontekstuele uitlegmetodiek verwoord nie. Só 'n uitlegmetode sou ook die situasie vermy waar 'gewone' wetsuitleg en toekomstige grondwetuitleg op uiteenlopende (en botsende) uitlegmetodologieë berus. Die tradisionele Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetode was opgesaai met die gewaarwording dat dit bygedra het om die sosio-ekonomiese, maatskaplike en politieke *status quo* te handhaaf. Die legitimiteit van 'n nuwe oppermagtige grondwet kon in die gedrang gekom het indien die invloed van 'n fundamentele regtebedeling deur die ortodokse uitleg van 'gewone' wetgewing afgewater sou word. Tradisionele wetsuitleg in Suid-Afrika berus in groot mate op die leerstuk van parlementêre soewereiniteit, terwyl 'n fundamentele regtebedeling op grondwetlike oppergesag en waarde-oordele gegrond is. 'n Ortodokse wetsuitlegmetodiek (met die bedoeling van wetgewer as sg 'primêre reël') kan kwalik die noodsaaklike toepassing van die waardes onderliggend aan 'n *grundnorm*-tipe grondwet bevorder.¹⁵⁶

□ Die (tussentydse) 1993-Grondwet

Die 1993-Grondwet het nie net bogenoemde vrese besweer nie, maar dit het ook wetsuitleg in Suid-Afrika onherroeplik verander.¹⁵⁷ Die beginsel van parlementêre soewereiniteit is deur grondwetlike oppergesag vervang. Ingevolge artikel 4 van die 1993-Grondwet is die Grondwet die hoogste reg van die Republiek, en bind dit alle wetgewende, uitvoerende en regsprekende staatsorgane op alle regeringsvlakke. Enige wetgewing of owerheidshandeling wat daarmee bots, is nietig.

¹⁵⁵Devenish (1992) 54-54.

¹⁵⁶Sien oa Kruger (1990) 198-255.

¹⁵⁷Botha CJ 'Interpretation of the Constitution' (1994) SAPR/PL 257.

Dit is egter artikel 35 (die uitlegklousule) wat 'n direkte invloed op wets- en grondwetuitleg het. Artikel 35(3), wat handel oor die uitleg van wetgewing in die algemeen, (en die toepassing en ontwikkeling van die gemenereg en die gewoontereg)¹⁵⁸ bepaal soos volg:

By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, neem 'n hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie Hoofstuk behoorlik in ag.

Die 1993-Grondwet skryf nie uitdruklik 'n besondere metode van wetsuitleg voor nie. Artikel 35(3) is egter 'n gebiedende bepaling,¹⁵⁹ wat wel aan alle howe voorskryf dat alle wetgewing in die lig van die gees, strekking en oogmerke van die fundamentele regtehoofstuk (Hoofstuk 3) in die Grondwet uitgelê moet word. Met ander woorde, *plain meanings*, wetgewersbedoelings en sogenaamde duidelike tekste is nou nie meer voldoende regverdiging vir 'n ortodokse metode van wetsuitleg nie.¹⁶⁰ Artikel 35(3) het tot gevolg dat die uitlegger faktore buite die blote teks van die wetgewing (oa die Grondwet self, die fundamentele regte, asook die waardes onderliggend aan die Grondwet) by die uitlegproses betrek, nog voordat die wetstek bestudeer word.¹⁶¹ Kortom, wetsuitleg begin met die Grondwet, en nie met die betrokke wetstek nie.¹⁶²

Die vereiste dat wetsuitleg in die lig van die 'gees en strekking' van die fundamentele regte moet geskied, bring nóg 'n stel ekstratekstuele faktore na vore. Artikel 35(1) bepaal die volgende ten opsigte van die fundamentele regte in Hoofstuk 3:

By die uitleg van die bepalings van hierdie Hoofstuk moet 'n geregshof die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, bevorder en, waar van toepassing, die volkereg wat van toepassing is op die beskerming van die regte wat in hierdie Hoofstuk verskans is, in ag neem, en kan die hof vergelykbare buitelandse hofbeslissings in ag neem.

¹⁵⁸Art 35(3) het hoogstens 'n indirekte horisontale toepassing van die fundamentele regte tot gevolg. Sien hieroor *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (CC) paras 31-62. Volle horisontale werking (*Drittwirkung*) van die fundamentele regte is uitdruklik deur art 8 van die 1996-Grondwet verleen.

¹⁵⁹*Du Plessis LM* 'A note on the application, limitation and suspension clauses in South Africa's transitional bill of rights' (1994) *Stell LR* 86 87.

¹⁶⁰Sien bv *Basson DA* (1994) *South Africa's interim constitution: text and notes* 1 en 58, waar hy op tipiese tekstuele trant verklaar dat die voorrede van die oppermagtige 1993-Grondwet slegs tydens wetsuitleg aangewend mag word indien 'n bepaling in die Grondwet onduidelik is.

¹⁶¹*Botha CJ* (1996) 39 stel dit as volg:

'Selfs voordat 'n betrokke wetstek gelees word, het artikel 35(3) reeds die uitlegger "gedwing" om "met een voet binne Hoofstuk 3" te staan.'

¹⁶²*Kruger TJ* 'Is interpretation a question of common sense? Some reflections on value judgments and section 35' (1995) *C/LSA* 1 op 9.

Die eerste gedeelte van die bepaling is ook gebiedend: 'n hof moet, waar toepaslik, die reëls van die volkereg wat van toepassing is op die fundamentele regte in Hoofstuk 3 (internasionale menseregte) in ag neem. Verder mag die hof tydens die uitleg van Hoofstuk 3 ook na hofbeslissings van buitelandse hofe met soortgelyke handveste van fundamentele regte verwys.¹⁶³

Artikel 35(2) is die sogenaamde *reading down*-klousule,¹⁶⁴ wat bepaal dat indien wetgewing aanvanklik ongrondwetlik blyk te wees, maar vir 'n meer beperkte uitleg, wat wel grondwetlik sal wees, vatbaar is, die meer beperkte betekenis gevolg moet word.¹⁶⁵

Soos te verwagte het nie alle juriste ewe maklik by hierdie paradigmaverskuiwing na regstaatlikheid aangepas nie:¹⁶⁶ daar is ongelukkig steeds hofbeslissings en opvattinge wat op die tradisionele metode van wetsuitleg gebaseer is. In *Kalla v The Master*¹⁶⁷ beslis die hof dat die tradisionele reëls van wetsuitleg nie deur die 1993-Grondwet beïnvloed is nie en steeds deel van die sogenaamde *law of the land* is. Die tradisionele wetsuitlegmetode het derhalwe die oppermagtige Grondwet 'getroef' en die *plain meaning*-reël¹⁶⁸ is maar weer toegepas: slegs indien die teks dubbelsinnig is, is die hof geregtig om in kenmerkende gekwalifiseerde kontekstuele trant van die gewone,

¹⁶³Botha NJ (1994) 249 wys egter daarop dat buitelandse hofbeslissings oor fundamentele regte in elk geval deel vorm van internasionale menseregte. Streng gesproke is die aanwysende bepaling in artikel 35(1) dus oorbodig, en kan daar geargumenteer word dat 'n geregshof vergelykbare buitelandse hofbeslissings moet raadpleeg wanneer Hoofstuk 3 uitgelê word.

¹⁶⁴In die Duitse reg bekend as *Verfassungskonforme auslegung*. Sien ook Devenish (1995) 264.

¹⁶⁵Basson (1994) 58; Kentridge & Spitz (1996) 11-4 en Du Plessis & De Ville (1993c) 389-390 verwys na art 35(2) as die vermoede ten gunste van grondwetlikheid. Soos Kruger (1995) 7 nt 31 tereg aantoon, is art 35(2) eerder 'n *sg saving clause*.

¹⁶⁶Vir 'n baie goeie voorbeeld van só 'n gebrek aan begrip oor 'n oppermagtige grondwet, sien Visser PJ 'A successful constitutional invasion of private law' (1995) *THRHR* 745 746-747 se verwysings na oa 'n *sg nebulous pseudo-scientific exercise called the 'interpretation of our Constitution' en free floating methods of interpretation*. Sien egter Carpenter G & Botha CJ 'The "constitutional attack on private law": are the fears well founded?' (1996) *THRHR* 126ff vir 'n regsakademies-gefundeerde repliek hierop.

¹⁶⁷[Nt 15 hierbo] 269C-G. Sien ook Botha CJ 'Steeds 'n paar tekstuele ikone teen die regstaatlike muur' (1995) *THRHR* 523ff vir 'n kritiese bespreking van hierdie beslissing.

¹⁶⁸Fagan A 'In defence of the obvious: ordinary meaning and the identification of constitutional rules' (1995) *SAJHR* 545ff argumenteer dat die hofe die gewone betekenis (*ordinary meaning*) aan die grondwetlike teks moet heg. Hy erken dat hierdie siening op die *positivist identification thesis* gebaseer is, en in die proses verwerp hy die natuuregteorieë, doeldienende benaderings en Dworkin se benadering oor wets- en grondwetuitleg.

duidelike teksbetekenis af te wyk en ekstratekstuele hulpmiddels te gebruik om die 'bedoeling van die wetgewer' vas te stel.¹⁶⁹

□ Die waardes wat die Grondwet stut

Die voorrede tot die Grondwet bepaal dat die Republiek van Suid-Afrika 'n regstaat is. As die *lex fundamentalis* in die Republiek reël die Grondwet nie net die institusionele regeringstrukture en die formele beperkings op owerheidsgezag nie, maar is dit in die eerste plek 'n waarde-belaaide dokument. Dit word veral deur 'n aantal uitdruklike en 'ongeskrewe' waardes en norme onderskraag. Hierdie fundamentele beginsels artikuleer nie net die ideale waartoe die Suid-Afrikaanse gemeenskap verbind is nie, maar beliggaam ook die materiële riglyne wat alle owerheidsoptrede moet reguleer. Die 'gees en strekking' van die fundamentele regte weerspieël hierdie beginsels, en artikel 35(3) vereis dan ook dat die howe waarde-oordele vel in die lig van die grondwetlike waardes.

Die Grondwet bevat sekere uitdruklike gepositiveerde waardes. Afgesien van die verwysing na 'n 'regstaat' (wat al die waardes onderliggend aan konstitusionalisme en die materiële *Rechtsstaat*¹⁷⁰ omvat) in die voorrede en die internasionale menseregte wat deur die fundamentele regte in Hoofstuk 3 ondervang word, verwys die slotrede (*postamble*) van die Engelse weergawe van die Grondwet na die Afrika-begrip *ubuntu*.

Botha CJ¹⁷¹ verwys na *ubuntu* as 'n unieke Suid-Afrikaanse hulpmiddel by wetsuitleg:

In die Afrikaanse weergawe word *ubuntu* met 'medemenslikheid' vertaal. *Ubuntu* is 'n begrip eie aan Afrika. Dit omvat 'n praktiese humanistiese houding teenoor die wêreld, en verwys na deernis, medemenslikheid, verdraagsaamheid en billikheid. Die begrip is in *S v Makwanyane* ... op 501D-E uiteengesit en gebruik:

'Generally, *ubuntu* translates as "humaneness". In its most fundamental sense, it translates as "personhood" and "morality" ... While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation.'

¹⁶⁹In o.a. *Government of the Republic of South Africa v Segale* 1990 1 SA 434 (BA) 448C-E en *Monnakale v Republic of Bophuthatswana* 1991 1 SA 598 (B) 619I-620B het die Suid-Afrikaanse howe dieselfde gebrek aan insig oor 'n oppermagtige grondwet (dié van Bophuthatswana) geopenbaar.

¹⁷⁰Sien hfst 2 hierbo. Volgens die Duitse *Bundesverfassungsgericht* sluit dit o.a. 'n grondwetlike staatsorde (*rechtsstaatliche Herrschaftsordnung*) en 'n vrye demokratiese orde (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) in.

¹⁷¹**Botha CJ** (1996) 111-112. Sien ook **Kentridge S** 'Bills of rights - the South African experiment' (1996) 112 *Law Quarterly Review* 237 261.

Die Grondwet word ook gestut deur ekstratekstuele faktore (die Grondwet se kontekstuele omgewing)¹⁷² wat nie uitdruklik in die teks gesetel is nie. Dit sluit die natuurregbasis van die Romeins-Hollandse reg,¹⁷³ die algemene Westerse liberale regsïdeë en Suid-Afrikaners se politieke en konstitusionele geskiedenis in.¹⁷⁴

Waardes soos 'vryheid', 'gelykheid', 'menswaardigheid' en 'demokrasie' moet deur die howe bevorder word tydens wets- en grondwetuitleg.¹⁷⁵ Met ander woorde, die howe is die trustees en handhawers van die waardes wat die Grondwet stut.¹⁷⁶ Dit beteken dat die howe noodwendig sekere waarde-oordele tydens die uitleg en toepassing van alle wetgewing sal moet vel. Die waardes wat die Grondwet onderskraag is egter nie absoluut nie. Wetsuitleg is dus onvermydelik ook 'n proses van afweging van botsende belange en regte. Wetsuitleg kan gevolglik nie langer 'n meganiese herkonstatering van 'n parlementêre 'bedoeling' wees nie, maar is 'n dinamiese en beoordelende aktiwiteit.¹⁷⁷

□ Die (finale) 1996-Grondwet

Die finale (1996)-Grondwetteks is op 8 Mei 1996 deur die Grondwetlike Vergadering aanvaar. Ingevolge artikel 71 van die 1993-Grondwet sal die finale Grondwet eers in werking tree wanneer die Konstitusionele Hof gesertifiseer het dat dit aan al die Grondwetlike Beginsels in Bylae 4 voldoen.¹⁷⁸

¹⁷²Kruger (1995) 15 verwys hierna as die *constitutionally relevant existential environment*. Sien ook Wiechers (1985b) 383ff, Kruger (1991a) 229ff, Cowling (1987) 177ff en Arkes (1990) 3-57 hieroor.

¹⁷³Devenish (1995) 276.

¹⁷⁴In *Diepsloot Residents' and Landowners' Association v Administrator, Transvaal* 1994 3 SA 336 (A) het die hof die agtergrond van die ontwikkelings om apartheid af te skaf, as hulpmiddel by wetsuitleg gebruik.

¹⁷⁵Sien veral die saakverwysings in nt 10 hierbo.

¹⁷⁶In *S v A Juvenile* 1990 4 SA 151 (ZSC) 176B het Korsah AR opgemerk dat die Grondwet, as hoogste reg in die land, 'n onskendbare verpligting (*sacred trust*) op die howe plaas om die fundamentele regte te beskerm.

¹⁷⁷Sien ook Kruger (1995) 11-19.

¹⁷⁸Op 6 Sept 1996 het die Konstitusionele Hof in 'n eenparige beslissing (met uitsondering van regter Ackerman wat ongesteld was en nie aan die verrigtinge deelgeneem het nie) in *Certification of the Republic of South Africa Constitution 1996* 1996 10 BCLR 1 (CC) para 484 die volgende bevel gemaak:

'We are unable to and therefore do not certify that all of the provisions of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 comply with the Constitutional Principles contained in schedule 4 to the Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993.'

Wat die beginsels van wets- en grondwetuitleg betref, verskil die 1996-Grondwet nie veel van die 1993-Grondwet nie. Artikel 39(2) is feitlik identies aan sy voorganger (art 35(3)) in die 1993-Grondwet:

When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights.

Twee aspekte van hierdie bepaling verdien kommentaar:

- die begrip 'geregshof' (*court of law*) in artikel 35 van die 1993-Grondwet is nou verbreed na *every court, tribunal or forum*. Dit sal verseker dat regstoepassing in sogenaamde 'kwasi-judisiële' liggame ook aan die hand van die grondwetlike waardes sal geskied.
- Die verwysing na die 'toepassing' (*application*) van die gemenereg en die gewoontereg in artikel 35(3) is nou weggelaat. Die vraag ontstaan: moet die gees en strekking van die fundamentele regte slegs in ag geneem word wanneer die gemenereg en gewoontereg 'ontwikkel' word? Sluit 'ontwikkeling' ook 'toepassing' in? Die 1996-Grondwet bepaal uitdruklik dat die fundamentele regte alle reg (*all law*) bind (art 8(1)), en op natuurlike- en regspersone van toepassing is (art 8(2)). Daar kan moontlik geargumenteer word dat juis hierdie bepalings sal verseker dat die gees en strekking van die fundamentele regte ook tydens die toepassing van die gemenereg en gewoontereg in ag geneem sal word. Myns insiens kan die weglating van 'toepassing' in artikel 39(2) tot onnodige verwarring en spitsvondige argumente lei.

Artikel 39(1) is ook byna identies aan artikel 35(1) van die 1993-Grondwet:

When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -
(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
(b) must consider international law; and
(c) may consider foreign law.

Die volgende aspekte moet uitgelig word:

- Die begrip *human dignity*¹⁷⁹ is bygevoeg tot die waardes waarop 'n oop en

¹⁷⁹Die erkenning van menswaardigheid (*the dignity of man* of *Menschenwürde*) in die finale Grondwet is uitdruklik deur Kruger (1995) 18 nt 72 voorgestel.

demokratiese samelewing gebaseer is. Ná die uitspraak in *S v Makwanyane*,¹⁸⁰ waarin menswaardigheid sterk beklemtoon is, was dit te verwagte dat menswaardigheid as die derde pilaar van die ontwikkelende *grundnorm*¹⁸¹ van die nuwe regsorde ingesluit sou word.

- Die verwysing na 'vergelykbare buitelandse hofbeslissings' (*comparable foreign case law*) in artikel 35(1) van die 1993-Grondwet is vervang deur 'buitelandse reg' (*foreign law*). Nie alle buitelandse regsbeginsels is tog relevant by die uitleg van 'n oppermagtige grondwet nie. Die moontlike argument dat die uitleggers en aanwenders in die lig van onder meer die ondervinding wat met die 1993-Grondwet opgedoen is, sal weet watter buitelandse reg relevant is, gaan nie op nie. Daar kan nie bloot gehoop word dat alle persone en instansies wat die Grondwet moet uitleg en toepas, sal besef dat dit 'vergelykbare' buitelandse reg is wat ter sprake is nie. Boonop moet dit in gedagte gehou word dat artikel 39(1) en (2) op alle howe, tribunale en forums van toepassing is. Dit kan nouliks verwag word dat alle 'kwasi-judisiële' liggame ten volle vertrouwd is met al die fyn nuances van grondwetuitleg.
- Artikel 39(1) bepaal bloot dat volkereg (*international law*) in ag geneem moet word tydens die uitleg van die fundamentele regte, terwyl artikel 35(1) na beginsels van die volkereg van toepassing op die beskerming van fundamentele regte (*international human rights law*) verwys het. Slegs 'n sekere vertakking van die volkereg is op 'n fundamentele regtebedeling van toepassing. Dieselfde kritiek as hierbo is hier van toepassing, met die verdere probleem dat die aanwending van volkereg 'n gebiedende bepaling is.

Laastens moet twee aspekte van die 1996-Grondwet wat by wets- en grondwetuitleg ter sprake is, kortliks genoem word:

- Die verwysing na 'n regstaat (*constitutional state*) in die voorrede van die 1993-Grondwet is nie herhaal nie. Die voorrede van die 1996-Grondwet maak

¹⁸⁰[Nt 10 hierbo].

¹⁸¹Sien oa Kruger (1995) 15-16 tov die nuwe *grundnorm*, en Botha H (1994) 242 en Du Plessis & Corder (1994) 22-39 tov die noodwendige spanning tussen vryheid en gelykheid.

nietemin uitdruklik melding van 'n *society based on democratic values, social justice and fundamental human rights*, terwyl artikel 1 na Suid-Afrika as 'n *sovereign democratic state* en die *rule of law* verwys.

- Artikel 35(2) van die 1993-Grondwet (die *reading down*-klousule) is nie in die 1996-Grondwet vervat nie. Die *Working Draft of the new Constitution* van 22 November 1995 het op daardie stadium nog die volgende kort en baie verbruikersvriendelike bepaling bevat:

When interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with the Bill of Rights over any alternative interpretation of the legislation that is inconsistent with the Bill.

Die finale teks van die Grondwet van 8 Mei 1996 het ongelukkig nie hierdie bepaling bevat nie.

3.4 DIE HOWE EN REGSVORMING TYDENS WETSUITLEG

(a) Algemeen

Die verhouding tussen teks en konteks is, soos reeds hierbo aangetoon, nie die enigste aspek waaroor die voorstaanders van die verskillende metodes van wetsuitleg verskil nie. Die ander twispunt is die uiters belangrike kwessie van regterlike regsforming (*judicial lawmaking*). Vir die doeleindes van hierdie oorsigtelike bespreking word die argumente oor regterlike regsforming in twee opponerende standpunte verdeel: die 'ortodokse' standpunt (wat die teksgebaseerde benaderings insluit), en die 'norm-doeldienende' standpunt (wat die wyer wetsuitlegbenaderings omvat).

(b) Die ortodokse standpunt

Ingevolge die tradisionele teksgebaseerde argument moet die duidelike woorde van die wetgewing as die bedoeling van die wetgewer aanvaar word. Aldus regter Kotzé in *Bulawayo Municipality v Bulawayo Waterworks Ltd*:¹⁸²

The intention of the legislature can alone be gathered from what it has actually said, and not from what it may have intended to say, but has not said.

¹⁸²1915 CPD 435 445

Slegs indien die teks onduidelik en dubbelsinnig is, mag die hof ander sekondêre en tersiêre hulpmiddels ondersoek om die wetgewersbedoeling vas te stel. Die hof mag slegs die wetgewing uitleë in die lig van die woorde wat die wetgewer gebruik het. Enige veranderings, regstellings of aanvullings word aan die wetgewer oorgelaat (die *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël). Hierdie ortodokse standpunt is deur regter Hannah in *Engels v Allied Chemical Manufacturers (Pty) Ltd*¹⁸³ verduidelik:

The basic reasoning behind this approach is that by remedying a defect which the Legislature could have remedied the court is usurping the function of the Legislature and making law, not interpreting it.

Die blote idee van regterlike regsvoorming tydens wetsuitleg gee aanleiding tot vrese¹⁸⁴ dat regters die reg met oewerlose diskresionêre uitsprake na willekeur sal verander.¹⁸⁵

(c) Die 'normdoeldienende' standpunt

Die aanhangers van die 'wyer' uitlegbenaderings meen dat die uitlegger wel 'n regsvoormende funksie tydens wetsuitleg het. Só 'n skeppende rol van die hof is nie 'n oorname van die wetgewer se wetgewende funksie nie.¹⁸⁶ Dit word beperk tot skeppende regsvoorming aan die sy van die wetgewer binne die 'deur-die-wet-gegewe' raamwerk.¹⁸⁷

¹⁸³1993 4 SA 45 (Nm) 54A-B. Sien ook **De Vos** (1967) 362ff vir 'n ortodokse kritiek op regterlike regsvoorming tydens wetsuitleg. Op 364 laat hy tog die deur oop vir aanvulling en uitbouing tydens wetsuitleg, mits dit op regslogika gebaseer is.

¹⁸⁴Sien bv **Visser** (1995) 745ff vir uitsprake soos *judges ... eager to display their own legislative skill in effecting law reform*, en verder "*interpreting*" ... *is merely an arbitrary exercise in party political and social expediency by judges, asook judicial initiative causing confusion and even chaos*. Tov regterlike ingryping om die privaatrek grondwetlik te hervorm (die oorsaak van Visser se vrese), huldig **Van der Walt AJ** 'Reflections on the teaching of property law in future' (1993) *Stell LR* 88 96 daarenteen die standpunt dat apartheid soos 'n kanker ook in die gemenerereg aanwesig is. Gevolglik is 'herstellende behandeling' nodig om dit uit te sny.

¹⁸⁵Sien bv **Lane PH** 'The changing role of the High Court' (1996) *Australian LJ* 246ff vir 'n Australiese weergawe van al die ortodokse argumente.

¹⁸⁶**Lester** (1993) 276-7 argumenteer dat sg *executive-minded judges* 'n uitvloeisel van parlementêre soewereiniteit is. Met verwysing na oa *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206 en *Duncan v Cammel Laird* [1942] AC 624 (HL) wys hy daarop dat die Engelse hof eintlik 'n presedent daargestel het om nie op die uitvoerende gesag se tone te trap nie.

¹⁸⁷**Henning** (1967) 242.

Labuschagne¹⁸⁸ wys daarop dat die regspreker periferiese en ondergeskikte regskeppende funksies het en daarom vorm die hof 'n bepaalde, konkrete geval onvermydelik deel van die wetgewingsproses, met die oog op die bevrediging van 'n behoefte binne die regsorde. Dit is 'n poging om die sogenaamde 'allesomvattende' wetsomskrywing te voorkom, en in elke individuele konkrete geval die geregtigheidsideaal te verwesenlik.¹⁸⁹ Elke regsreël het 'n betekeniswaarde ('n semantiese inhoud in juridiese sin) wat 'skeppend of vormend' deur die regspreker gevind moet word.¹⁹⁰ As gevolg van die inherente beperkings van taal behels wetsuitleg noodwendig 'n 'delegasie' deur die wetgewer aan die uitlegger vir die uiteindelijke spesifieke toepassing van 'n algemene reël. Alhoewel die wetgewer die primêre wetgewende funksie het, is daardie funksie nie eksklusief nie, aangesien die howe 'n sekondêre regsvormende rol vervul. Die regter is die 'eindregsvormer', en die wetgewer is die 'hoofwetgewer'.¹⁹¹ **Du Plessis** verduidelik dit as volg:

The interpretation of statutes invariably - and by its very nature - involves much more than the mere reproduction of either the (supposed) plain meaning of language or the (supposed) intention of a legislature. It is much rather a reconstruction of the generally framed provisions of an enactment with a view to their actual and specific application to and in a particular (and unique) concrete situation. This can still be done with due respect for the authority of the legislature, as long as the court bears in mind that its function is to interpret (ie to creatively reconstruct) the enactment without repromulgating it (ie making a 'new' one instead).¹⁹²

Die wysiging of aanpassing van die voorlopige teksbetekenis behels dus die uitoefening van 'n regsvormende diskresie.¹⁹³ Hierdie diskresie is niks anders as regsaaanwending nie: nie 'n willekeurige uitoefening van 'n persoonlike keuse nie, maar 'n diskresie-uitoefening binne die grense van die deur-die-wet-gegewe raamwerk (oogmerk).¹⁹⁴

¹⁸⁸**Labuschagne JMT** 'Die uitlegsvermoede teen staatsgebondenheid' (1978) *TRW* 42 62.

¹⁸⁹**Henning** (1967) 252. Sien ook **Labuschagne** (1985) 60:

'Die howe is na alles die laaste skakel in die wetgewingsproses en dit behoort ook hulle taak te wees om toe te sien dat die wetgewingsproses 'n sinvolle en geregtigheidsgerigte einde het.'

¹⁹⁰**Du Toit** (1976) 50.

¹⁹¹**Labuschagne JMT** 'Die woord as kommunikasiebasis in die wetgewingsproses' (1988) *SAPR/PL* 34 35. Trouens, **Dugard** (1971) 195 gaan so ver om na hierdie regsvormende diskresie as *limited legislative function* te verwys. **Payne** (1956) 105 verwys na die uitlegger as die 'junior vennoot', terwyl **Devenish** (1992) 6 dit 'n *quasi-legislative competence* noem.

¹⁹²**Du Plessis** (1986) 143.

¹⁹³Sien egter **Henning** (1967) 230, wat reken dat aanvullende regsvorming slegs plaasvind nadat die uitlegsfeer verlaat is. Volgens hom begin regsvormende diskresie-uitoefening wanneer wetsuitleg eindig.

¹⁹⁴**Henning** (1967) 242.

Die vraag is nietemin: waar lê die grens tussen die legitieme ontwikkeling van die reg deur die hof, en die 'oorname' van die wetgewer se funksies? In die algemeen kan die volgende riglyne neergelê word:

- Gedurende die regsformingsproses moet die uitlegger hom wend tot common sense, legal principle and public policy in that order.¹⁹⁵
- Die aanvaarding deur die regspreker dat persoonlike opvattinge en waarnemings onvermydelik subjektief is, en dat persoonlike voor- en afkeure betoel moet word. Die regspreker moet ook besef dat die reg nie finale en 'korrekte' antwoorde bied nie en dat dit die hof se taak is om die reg so vasstelbaar moontlik vir die huidige omstandighede te maak.¹⁹⁶
- Die oogmerk van die wetgewing, asook billikheidsoorwegings, is die rigtingaanwysers gedurende die regsformingsproses.¹⁹⁷
- **Payne**¹⁹⁸ gebruik die analogie dat die wetgewer *functus officio* is nadat die wetgewing gepromulgeer is. Die uitlegger is die wetgewer se gedelegeerde om die wetgewing in die bepaalde individuele geval te 'vorm'. Die uitlegger is daarom gebonde aan 'n besondere *ultra vires*-beginsel: die regsforming moet binne die deur-die-wet-gegewe-raamwerk plaasvind. **Cowen** verwys hierna as *rule-bound evaluation*,¹⁹⁹ terwyl **Cardozo**²⁰⁰ dit as volg beskryf:

The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not to innovate at pleasure. He is not a knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by system, and subordinated to 'the primordial necessity of order in the social life.' Wide enough in all conscience is the field of discretion that remains.

¹⁹⁵Lord Reid 'The judge as law maker' (1972) *Journal of Public Teachers of Law* 22 25 en 27 (soos aangehaal in **Lester** (1993) 289 nt 19).

¹⁹⁶**Froneman JC** 'The constitutional invasion of the common law: can the judges be controlled?' (referaat gelewer tydens die konferensie *South Africa in transition: focus on the Bill of Rights* Universiteit van Suid-Afrika) 21 Augustus 1996.

¹⁹⁷Sien bv **Lester** (1993) 278, waar hy verklaar:

'English judges have the difficult task of developing coherent legal principles to protect fundamental rights and freedoms where the common law suffers from ethical aimlessness or worse.'

¹⁹⁸**Payne** (1956) 105.

¹⁹⁹**Cowen** (1980) 389.

²⁰⁰**Cardozo BN** (1921) *The nature of the judicial process* 102-103. Sien ook **Froneman R** in *Matiso* [nt 14 hierbo] 597I-J/598A-D se verduideliking van regterlike regsforming.

- In die afwesigheid van 'n handves van fundamentele regte behoort hierdie regsvorming gelei te word deur heersende etiese waardes en maatskaplike behoeftes.²⁰¹
- Hierdie regsvormende funksie van die howe hang nou saam met die toekomsdimensie van wetgewing. Wetsuitleg is 'n verbeeldingryke projeksie van die doel van die wetgewing op toekomstige situasies. Die regsreël is ontwerp om in 'n toekomstige situasie te geld en moet in die huidige tydsgewrig verstaan word.²⁰²
- Regsprekers is op drie vlakke aanspreeklik en verantwoordelik (*accountable*) vir hulle optrede: eerstens, persoonlike aanspreeklikheid, want hulle moet persoonlike morele verantwoordelikheid neem vir hulle bevindings; tweedens, formele verantwoordelikheid, wat uit die institusionele kontroles oor die regbank wat in die Grondwet en ander wetgewing aangetref word, bestaan; en derdens, substantiewe verantwoordelikheid, wat daaruit bestaan dat hofbeslissings blootgestel is aan openbare bespreking en akademiese kritiek (in aansluiting by die neergelegde grondwetlike beginsels²⁰³ van *accountability, responsiveness and openness*).²⁰⁴

(d) Die mite van *iudicis est ius dicere sed non dare*

Die tekstuele standpunt dat die howe die wetgewer van sy wetgewende funksie sal ontnem indien wetgewing skeppend uitgelê word, berus op 'n blindelingse aanvaarding en letterlike vertolking van die stelreël *iudicis est ius dicere sed non dare*, asook die regspositivisties-geïnspireerde opvatting dat dit moontlik is om neutrale en waarde-vrye beslissings te maak. Gevolglik was die *ius dicere*-reël 'n gerieflike positivistiese skild waaragter die hof kon skuil tydens die aanwending van die *regardless of the consequences*-metode van wetsuitleg:

In the past where individual liberty was at stake, the judiciary failed in its duty to dispense justice by conveniently stating that the legislature has spoken (obviously very clearly), and that the court had no option but to interpret the legislation as it was.²⁰⁵

²⁰¹Lester (1993) 289; Virtue B 'The coming debate on judicial law-making' (1995) *Australian Lawyer* 20.

²⁰²Lategan (1980) 114; Du Toit (1977) 15.

²⁰³Art 1(d) van die 1996-Grondwet.

²⁰⁴Froneman (1996).

²⁰⁵Botha CJ (1994) 261. Sien ook Du Plessis (1986) 39.

In elk geval berus die voorstanders van die 'ortodokse' standpunt se praktiese toepassing op 'n aantal wanopvattinge en weersprekings:

- Die literatuur en regspraak wemel van verwysings na sogenaamde 'woordwysigende' uitleg (*modification of the language of alteration of the words*).²⁰⁶ Dit behoort duidelik te wees dat dit nie die fisiese teks van die wetgewing is wat verander word nie, maar wel die betekenis daarvan wat aangepas (herkonstrueer) word om gevolg te gee aan die oogmerk van die wetgewing: slegs die betekenis van die wetgewing word gewysig vir daardie spesifieke, konkrete situasie. **Devenish** stel dit as volg:

Such modification does not amount to a usurpation of the legislator's function, but to the legitimate exercise of judicial law-making of a complementary nature in order to give effect to the intention or the presumed intention of the legislature.²⁰⁷

- Volgens **Du Plessis** kan die toepassing van die 'ortodokse' standpunt in beginsel neerkom op 'n foutiewe vorm van regsforming deur die hof.²⁰⁸ Indien 'n uitleg gevolg word wat nie uiting gee aan die oogmerk van die wetgewing nie, beteken dit dat reg gevorm word wat nie strook met dit wat die wetgewer 'beoog' het nie. Gevolglik 'skend' die tekstualiste self die *ius dicere*-reël.
- Die *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël word baie selektief en onlogies deur die hof toegepas. Wanneer die *eiusdem generis*-reël byvoorbeeld toegepas word, is 'n duidelike wetgewersbedoeling voldoende om van die 'letterlike betekenis' van die wetstek af te wyk. Die hof weier nietemin om 'n *casus omissus* aan te vul. Die duidelike 'wetgewersbedoeling' word dan skielik aan die *ius dicere*-reël ondergeskik gestel, en die oplossing van die weglating word voor die deur van die wetgewer gelê. Die feit dat die toepassing van 'n reël soos *eiusdem generis* ook in beginsel 'n wysiging van die 'letterlike betekenis' is, word gerieflikheidshalwe deur die hof geïgnoreer.

Indien hierdie opvattinge die korrekte interpretasie van die *ius dicere*-reël weerspieël,

²⁰⁶Sien oa **Steyn** (1981) 55ff; **Hahlo & Kahn** (1973) 192-193; *Ex Parte the Minister of Justice: In re R v Jacobson and Levy* 1931 AD 466 476.

²⁰⁷**Devenish** (1992) 96. Sien ook **Lester** (1993) 273.

²⁰⁸**Du Plessis** (1986) 37.

is dit nie 'n juiste beskrywing²⁰⁹ van die regsprekende funksie nie,²¹⁰ en het dit nie verdere bestaansreg in 'n bedeling nie waar dit telkens van regsprekers verwag sal word om waarde-oordele te vel. Daar moet met **Devenish** saamgestem word dat die *ius dicere*-reël 'n dwaalbegrip is, wat met die grondslae van die Romeins-Hollandse wetsuitlegmetodiek bots.²¹¹

3.5 EKSURSUS: ONLANGSE TEORETIESE ONTWIKKELINGS

(a) Algemeen

Wetsuitleg het te make met die interpretasie van tekste. Navorsing oor die interpretasie en verstaan van geskrewe tekste behels egter veel meer as die debat wat die afgelope twee dekades in Suid-Afrika tussen die tekstualiste en die kontekstualiste gevoer is. Veral die gebiede van die algemene taalwetenskap, die literatuurwetenskap en die jurisprudentie is gekenmerk deur nuwe denkrigtings en teorieë oor die aard van begrippe soos waardes, taal, betekenis, waarheid en dies meer. In hierdie ekskursie word 'n kort oorsig van sommige van hierdie ontwikkelings gegee, vir sover dit op wets- en grondwetsuitleg betrekking het. Van hierdie uitgangspunte (bv die hermeneutiek en die idees van Dworkin) is reeds vir dekades lank besprekingspunte in Wes-Europa en die VSA, en vind reeds neerslag in sommige van die benaderings en teorieë oor wetsuitleg wat vroeër in die hoofstuk bespreek is. Ander meer radikale ontwikkelings (bv die *Critical Legal Studies*-beweging) wat uit die sewentigerjare dateer, het nie so 'n groot invloed op wetsuitleg in die praktyk gehad nie.

Hierdie afdeling dien slegs as 'n beknopte en beskrywende oorsig ten einde 'n meer volledige beeld van die debat rondom wetsuitleg te verskaf. Die onderskeie denkrigtings en idees word nie krities ondersoek of met mekaar vergelyk nie, aangesien elkeen 'n afsonderlike studieveld sou kon vorm. 'n Kritiese ontleding van sulke

²⁰⁹Devenish (1992) 7.

²¹⁰Sien Kellaway (1995) 51-52, waar hy daarop wys dat die howe se interpretasie van die stelreël nie deur uitsprake van die Romeins-Hollandse juriste ondersteun word nie.

²¹¹Devenish (1992) 82. Sien ook Cowen (1976) 144 in dié verband.

linguistiese en jurisprudensiële teorieë val in elk geval buite die raamwerk van hierdie ondersoek. Hierdie oorsig sal net op daardie aspekte van die denkrigtings konsentreer wat óf reeds 'n invloed op wets- en grondwetuitleg gehad het, óf bloot die grondslae van gevestigde uitlegmetodes onder 'n kritiese vergrootglas geplaas het. Die denkrigtings wat in hierdie oorsig beskryf word, is ook nie noodwendig ewe invloedryk nie, en verteenwoordig ook nie alle ontwikkelings wat moontlik wetsuitlegmetodes kon beïnvloed nie.²¹²

(b) Die rol van die hermeneutiek

Die begrip hermeneutiek is afkomstig van die Griekse woorde *hermeneuein* ('om te verstaan') en *hermeneia* ('interpretasie'). Die hermeneutiek het aanvanklik na die reëls en beginsels van Bybelse skrifeksegese verwys, maar het mettertyd na die Reformasie tot 'n algemene filosofiese dissipline ontwikkel.²¹³

Lategan²¹⁴ wys op 'n aantal ooreenkomste en verskille tussen Bybels skrifeksegese en wetsuitleg (regshermeneutiek):²¹⁵

- beide dissiplines beoog om gesaghebbende, vasgelegde tekste uit te lê met inagneming van huidige konkrete situasies;
- beide het 'n eksistensiële dringendheid: die uitleg van die Bybel het ten doel om 'n bevrydende heilsboodskap aan die mens te bied, terwyl dit by wetsuitleg gaan om die strêwe na regsekerheid en regsordening;
- beide die teologie en die regspraak het te doen met die eise wat veranderende situasies en omstandighede aan die uitlegger stel;

²¹²Die nuutste ontwikkelings en die verskillende teorieë op die terrein van die Christelike skrifeksegese (Bybelse hermeneutiek), die semiotiek, die sg *critical race theories* of die nuutste feministiese teorieë is bv nie ondersoek nie. Sien bv **Van Marle K** (1996) *Rekonstruktiewe feminisme: 'n ondersoek na die reg as 'manlike' struktuur en die moontlikheid van transformasie met spesifieke verwysing na pornografie* LLM-verhandeling UNISA 43-48 waar die raakpunte tussen postmodernisme, dekonstruksie en feminisme bespreek word.

²¹³Sien bv **Devenish** (1992) 14 en die bronne daar vermeld; asook **Mootz FJ** 'The new legal hermeneutics' (1994) 47 *Vanderbilt LR* 115 126-127.

²¹⁴**Lategan** (1980) 108-110.

²¹⁵Sien bv **Van de Beek A** 'Hermeneutiek van de kerkrecht' in Van't Spijker & Van Drimmelen (reds) (1988) *Inleiding tot de studie van het kerkrecht* 59-71 tov die hermeneutiek en kerkreg.

- die geskiedenis beïnvloed beide die uitleg van die Bybel en die wetstek;
- wetgewing is 'n eiesoortige genre (styltype), met sy eie reëls, wat op die juridiese ordening van die menslike gemeenskap gerig is;
- die Bybelse teks is geslote (maw die teks is afgesluit en voltooid). Wetgewing daarenteen word gekenmerk deur voortdurende ontwikkeling en verandering.

Volgens **Baxter** is die hermeneutiese wetenskap in die algemeen gemoeid met die verstaan en verduideliking (interpretasie) van tekste om sodoende hulle onderliggende betekenis bloot te lê. As sodanig is die hermeneutiek 'n sintese van idees en opvattings afkomstig uit die taalfilosofie (epistemologie oftewel kennisleer), linguistiese filosofie (fenomenologie oftewel verskynselleer), strukturalisme en die semiotiek (kommunikasie dmv simbole, insluitende taal, dws die leer van tekens en hulle toepassing).²¹⁶

Van den Bergh is van mening dat enige ondersoek na die regspraktiese toepassing van wetsuitlegreëls vanuit 'n algemene hermeneutiese perspektief gedoen moet word. Hy onderskei vervolgens tussen twee hoofstrome in die algemene hermeneutiek.²¹⁷

Die romantiese hermeneutiek (wat tipies is van die tradisionele Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek) word gekenmerk deur die idee dat dit moontlik is om 'n teks objektief te verstaan indien die leser (uitlegger) dieselfde betekenis van die teks kan vind as dié wat die outeur (wetgewer) oorspronklik bedoel het. Die rekonstruksie van die bedoeling van die wetgewer speel dus 'n sentrale rol in die uitlegproses.²¹⁸ Volgens Schleiermacher konsentreer 'n suiwer letterlike benadering bloot op die linguisties-grammatikale aspek van teksinterpretasie. 'Verstaan' behels 'n psigologiese rekonstruksie van die outeur (wetgewer) se denkprosesse deur die betrokke historiese situasie te herleef.²¹⁹

²¹⁶**Baxter** (1984) 315-316. Sien ook **Labuschagne JMT** 'Die konkurrensieproblematiek by wetsuitleg' (1986) *De Jure* 369 370 wat 'n onderskeid tref tussen eksegeese (dit wat die outeur van die teks oorspronklik vir sy leser wou sê), en hermeneuse (dit wat die outeur van die teks nou vir sy leser wil sê).

²¹⁷**Van den Bergh NJC** 'Wetsuitleg: *quo vadis?*' (1982) *De Jure* 154 155-157. Sien ook **Devenish** (1992) 15-16.

²¹⁸Vgl die dekonstruksie-teenargument (hieronder) dat die outeur na die skepping van die teks geen verdere rol tov die betekenis van 'n teks speel nie.

²¹⁹Soos bespreek deur **Van der Bergh NJC** 'Wetsuitlegteorie: kan daar tussen Scylla en Charybdis deurgevaar word?' (1983) *TRW* 63 65.

Volgens Dilthey moet die uitlegger hom in die outeur se sosio-ekonomiese konteks 'inleef' om sodoende die kreatiewe skepping van die teks te herleef. Hierdie 'bedoeling van die outeur' is objektief vasstelbaar en impliseer derhalwe 'n objektiewe wetenskaplike toepassing van die teksbetekenis. Betti sluit hierby aan: die objektiwiteit van betekenis word verkry deur die herskepping van die outeur se skeppingsaktiwiteit.²²⁰ Die praktiese juridiese probleem is egter dat die howe nie toegang tot die inligtingsbronne van die wetgewer se 'bedoeling' het nie. Die interpretasie word gevolglik *ex post facto* met verwysing na duidelike tekste, regslogika en grammatikale reëls gelegitimeer,²²¹ en die hele proses word bloot 'n dekmantel vir letterlike uitleg.

Die tweede hermeneutiese stroming (wat op die denke van Gadamer en Heidegger steun), besef dat wetenskaplike 'verstaan' altyd hipoteties, verwant, bespiegeld en dus subjektief is.²²² Tydens elke interpretasieproses speel die eksistensiële werklikheid (die algemene konteks van die teks) 'n deurslaggewende rol. Daarom is interpretasie en 'verstaan' altyd historisties (dit is, produkte van hulle historiese ontwikkeling en gevolglik altyd veranderlik) en futuristies (toekomsgerig).

In reaksie op die ontbrekende objektiewe perspektief in hierdie hermeneutiese stroming, het Ricoeur 'n nuwe dimensie vir die wetsuitlegproses voorgestel.²²³ Volgens hom is die bedoeling van die wetgewer belangrik, maar dit moet nie oorbeklemtoon word nie. Die wetsteks is 'n gestruktureerde teks met 'n unieke samestelling en struktuur, asook 'n eiesoortige taal. In die wetsteks word die betekenis (boodskap) deur middel van 'n unieke leksikogrammatikale wyse gekodeer, en die dekodering van die boodskap moet met dieselfde reëls gedoen word. Wetstaal is dus nie dieselfde as gewone taal nie. Nou kom die 'verstaan-verklaar-verstaan' boogmodel²²⁴ ter sprake: alle uitleg (verstaan) neem in aanvang met 'n naïewe en subjektiewe 'skatting' (waarvoor daar nie enige reëls bestaan nie). Die uitlegproses gaan nou die validerings-

²²⁰Van den Bergh (1983) 66-67.

²²¹Vgl in dié verband die argumente van die *Critical Legal Studies*-beweging oor *rights rhetoric* as vermomming van dominante magsverhoudings en die verskansing van die *status quo* (hieronder).

²²²Sien veral Van den Bergh (1982) 156.

²²³Van den Bergh (1982) 157-160.

²²⁴Van den Bergh (1983) 78.

fase binne: die aanvanklike subjektiewe 'skatting' van die teksbetekenis word nou op 'n objektiewe wyse geldig gemaak. Die proses van geldigmaking omvat ook 'n dimensie van valsifikasie (bewys van valsheid), aangesien die wetstekse vir verskillende betekenis vatbaar is. Deur middel van 'n proses van valsifikasie word dan bepaal watter betekenis van die wetstekse nie net waarskynlik is nie, maar ook die meer waarskynlike onder die ander betekenis is.²²⁵ Die uitlegproses is dus 'n dialektiek tussen subjektiewe 'skatting' (verstaan) en objektiewe geldigmaking (verklaar). In die laaste fase kom die uitlegger se subjektiwiteit weer na vore wanneer die 'wêreld van die tekse' in die konkrete geval op die 'wêreld van die uitlegger' toegepas word.

Die praktiese waarde van die hermeneutiek lê daarin dat daarop gewys is dat woorde en frases nie op sigself enige betekenis dra nie, maar dat die betekenis afhang van die totale taalstruktuur, asook die konteks waarin die woorde en frases gebruik is. Verder is die rol van die uitlegger in die uitlegproses beklemtoon: die 'wetenskap van verstaan' is nie bloot 'n meganiese proses nie, maar waarde-oordele kom ook ter sprake.²²⁶ Volgens **Baxter**²²⁷ is dit juis hierdie aspek wat die argument ondersteun dat wetsuitleggers wel 'n regsvoormende diskresie moet uitoefen. Op sy beurt illustreer **Du Plessis** die nut van die 'hermeneutiese sirkel'. Luidens hierdie benadering moet elke onderdeel van 'n teks volgens die geheel daarvan verstaan word, en die geheel weer volgens sy onderdele. Dit is 'n voortdurende proses waartydens die geheel sowel as die onderdele algaande duideliker word. Hierdie deel-geheel-benadering beklemtoon die belang van die konteks van 'n bepaalde frase of sin.²²⁸ Die hermeneutiek het gevolglik meegehelp om ons 'n wyer perspektief op wetsuitleg as die 'kuns van verstaan' te gee. Aldus **Leyh**:

Hermeneutics is not a method or program or substantive doctrine. It is a philosophical activity, the aim of which is understanding the way we understand. Hermeneutics sets for itself an ontological task, namely, identifying the ineluctable relationships between text and reader, past and present, that allow for understanding to take place at all ... As legal educators assign hermeneutical readings or address standard legal analysis from a self-consciously hermeneutical point of view, the likely result will be to enrich legal learning in a humanistic way.²²⁹

²²⁵Sien bv die dekonstruksie-teenargument (hieronder) oor die *indeterminacy* van taal en betekenis.

²²⁶**Devenish** (1992) 17.

²²⁷**Baxter** (1984) 319.

²²⁸**Du Plessis LM** 'Die teoretiese grondslae van wetsuitleg' in Joubert (red) (1980) *Petere Fontes: LC Steyn Gedenkbundel* 29.

²²⁹**Leyh G** 'Legal education and the public life' in Leyh (red) (1992) *Legal hermeneutics: history, theory, and practice* 283.

(c) Die invloed van enkele moderne denkrigtings

In hierdie afdeling sal die uitgangspunte van sekere moderne skrywers en denkrigtings ten opsigte van wetsuitleg baie oorsigtelik ondersoek word. Die invloed van die skrywers (bv Dworkin) en die denkrigtings (veral dié van die *Critical Legal Studies*-beweging) strek veel verder as net wetsuitlegbenaderings (*interpretive theories*), maar soos reeds gesê, sou dit onmoontlik wees om binne die raamwerk van hierdie studie reg te laat geskied aan die volle impak van al hierdie teoretiese besinnings. Die fokus word dus geplaas op daardie aspekte van die teorieë en denkrigtings wat bestaande denkbeelde van wetsuitleg bevraagteken, aangesien dit uiteindelik sekere kritiese aanwysers ten opsigte van grondwetuitleg in 'n regstaat tot gevolg kan hê.

□ Dworkin se *constructive interpretation*

Ronald Dworkin is veral bekend vir sy kritiek op die regspositivisme²³⁰ en sy ontwikkeling van 'n liberale regsídee.²³¹ Dworkin se ídees het oor 'n lang tydperk ontwikkel en dek 'n wye regsfilosofiese veld.²³² In hierdie kort (en noodwendig simplistiese) oorsig sal sy siening oor *constructive interpretation* verduidelik word.

Volgens Dworkin is die reg 'n *interpretive concept*.²³³ Wat 'n wetsuitlegbenadering betref, gebruik Dworkin die beginsel van integriteit (*law as integrity*) as uitgangspunt. Billikheid vorm die grondslag van sy *constructive interpretation*. Die materiaal wat gelees word, moet só uitgelê word dat die beste moontlik daarvan gemaak word.

²³⁰Veral van belang vir die regsfilosofie is sy bekende kritiese debat met Hart oor die regspositivisme: sien oa **Dworkin R** 'The model of rules' (1967) 35 *University of Chicago LR* 14ff en **Dworkin R** 'Social rules and legal theory' (1972) 81 *Yale LJ* 855ff.

²³¹Sien ook die kritiek van die *Critical Legal Studies*-beweging op die liberale regsídee (hieronder). Die bekendste voorbeelde hiervan is **Fish S** 'Working on the chain gang: interpretation in law and literature' (1982) 60 *Texas LR* 551ff; **Hutchinson AC** 'Indiana Dworkin and Law's Empire' (1987) 96 *Yale LJ* 637ff.

²³²Die belangrikste werk vir doeleindes van hierdie bespreking is **Dworkin R** (1986) *Law's empire*. Sien ook verder **Mureinik E** 'Dworkin and apartheid' in Corder (red) (1988) *Essays on law and social practice in South Africa* 181-217; **Edwards AB** 'Legal theory' in Hosten, Edwards, Bosman & Church (reds) (1995) *Introduction to South African law and legal theory* 182-206; **Boshoff A** 'Konstitusionele interpretasie: Dworkin en "ander oorwegings"' (1993) *TSAR* 531ff; **Devenish** (1992) 46-47; **Hoy DC** 'Dworkin's constructive optimism vs deconstructive nihilism' (1987) 6 *Law and philosophy* 321ff.

²³³**Dworkin** (1986) 410.

Dworkin se uitlegbenadering bestaan uit twee komponente:

- Die *minimum threshold of fit* beteken dat elke interpretasie by die materiaal wat dit uitleë (die teks, asook vorige interpretasies) moet in- en aanpas (*fit*). Hierdie minimumvereiste verseker die integriteit van die reg as evolusionêre proses, anders is dit nie meer interpretasie nie, maar 'n uitvinding.²³⁴
- Die *substantive dimension*: indien meer as een interpretasie by die teks 'inpas', word dié een wat materieel die beste is, verkies. Die substantiewe dimensie bepaal dan watter interpretasie korrek is. Die onderliggende idee van *law as integrity* (die reg as die regverdiging vir politieke magsoefening) is die riglyn om die korrektheid van 'n interpretasie of beslissing te bepaal. Dit is die strewe na geregtigheid, billikheid, integriteit en *procedural due process of law*.

Dworkin onderskei drie benaderings tot wetsuitleg: die konvensionele skool (wat na die regspositiviste verwys), die pragmatiste (wat in die algemeen met die Amerikaanse realistiese skool ooreenstem en van die standpunt uitgaan dat die regspreker tydens wetsuitleg 'n ongebonde diskresionêre bevoegdheid het) en *law as integrity* (wat 'n sterk teleologiese grondslag het).

Die konvensionele skool baseer hulle beslissings op die positivistiese respek vir en afdwinging van die positiewe reg soos dit gevind word, sonder inagneming van die 'reg as integriteit' (billikheid en geregtigheid). Die reg word nie as 'n stel *morally coherent* beginsels gebruik en ontwikkel nie. Die houe vertolk 'n meganiese rol tydens wetsuitleg, want die bestaande regsreëls word sonder inagneming van enige morele oorwegings op praktiese situasies toegepas.

Daarteenoor berus die 'reg as integriteit' op 'n moreel-substantiewe basis: die regbank as uitlegger van wetgewing moet daarna streef om die reg sover as moontlik op 'n *morally coherent* wyse uit te lê (dws met inagneming van die individu se regte en outonomie). Die uiteindelijke interpretasie moet by die reg as stelsel van geregtigheid

²³⁴Mureinik (1988) 184.

in- en aanpas.²³⁵ Die regstelsel word gestut deur 'n ordelike stel politieke en morele beginsels, wat die waardes en tradisies waarop die regstelsel gebaseer is, weerspieël. Hierdie waardes het deur 'n proses van juridiese evolusie ontwikkel, dit wil sê, deur die ontwikkeling, uitleg en toepassing van regsbeginnels deur die howe.

Volgens Dworkin bestaan die uitlegproses uit drie fases. Tydens die sogenaamde voor-interpretasiefase, word die regsdomein (wetsteks), wat bestaan uit al die formele reëls en regulasies wat op die betrokke saak van toepassing is, geïdentifiseer. Die uitlegger versamel al die reëls, standaarde en beskrywings van die materiaal wat uitgelê moet word. Gedurende die werklike uitlegfase moet die uitlegger die algemene doelwitte wat tydens die voor-interpretasiefase vasgestel is, verder verfyn en 'n stel waardes, doelwitte en beginsels wat die teks inhou, formuleer. Die uitlegger moet dan hierdie veronderstellings in die lig van die regstelsel as geheel ondersoek: die wetsteks moet teen die agtergrond van die algemene beginsels van geregtigheid deurgrond word. Gedurende die laaste fase (die sg *postinterpretive* of *reforming* fase) moet die regspreker die uitleg in die lig van die eise van die regstelsel as 'n stelsel van geregtigheid (*law as integrity*) aanpas. Dit is hiër waar regterlike regsvorming ter sprake kom: die uitlegger gebruik kompeterende beginsels om 'n regsreël neer te lê. Hierdie diskresie is nie ongebonde nie, maar word begrens deur die sogenaamde *threshold to fit*-beginsel: die uiteindelijke uitleg moet ten minste 'n minimum ooreenstemming met die bestaande regsreël en vorige interpretasies toon. Die uitleg moet deel vorm van hierdie logiese ontwikkelingslyn van die regsreël.

Dworkin se *constructive interpretation* bestaan daaruit dat die uitlegger wetgewing moet uitleë deur die uitdruklike wetsteks teen die agtergrond van implisiete standaarde en waardes te artikuleer en toe te pas. Dit is nie net die wetsteks wat uitgelê word nie, maar ook die hele proses wat begin het voordat die wet aangeneem is, asook alle interpretasies wat daarop gevolg het. Gevolglik ontwikkel en verander die interpretasie (betekenis van die wetsteks) na gelang van tyd soos die beginsels en die beleid

²³⁵Dworkin (1986) 225.

verander. Die uitlegproses bestaan derhalwe uit 'n oor-die-skouer-kykery wat met 'n toekomsvisie gekombineer is. Dworkin stel hierdie proses analoog aan die sogenaamde kettingverhaal (*chain novel*). Die wetstek vorm die eerste hoofstuk, en elke daaropvolgende uitlegger las dan nuwe 'hoofstukke' by wat by die voriges aanpas. Die sentrale tema van dié veranderende verhaal is steeds *law as integrity*, met ander woorde, daar is 'n geregtighedsgerigte, teleologiese 'storielyn'.

Dworkin se kritiek op die regspositivisme is ook belangrik vir die wetsuitlegdebat. Die grondslag vir sy kritiek is die onderskeid tussen reëls en beginsels. Reëls funksioneer op 'n alles-of-niks-beginsel: indien 'n reël geldig is, moet die oplossing wat dit bied nagekom word. Indien twee reëls bots, word daar na 'n ander reël gekyk om te bepaal watter reël voorkeur moet geniet. Daarteenoor is 'n beginsel 'n rede of regverdiging wat in 'n sekere rigting argumenteer, maar nie noodwendig 'n bepaalde beslissing afdwing nie. Beginsels funksioneer dus as redes (geldigheidsgrondslae) vir beslissings. Beginsels word teenoor mekaar opgeweeg, en daarom kan sekere beginsels ander troef, sonder dat hulle geldigheid in gedrang kom. Botsende beginsels is nie 'n logiese anomalie nie, maar is slegs 'n afweging van hulle relatiewe belangrikheid. Gekoppel hieraan is die onderskeid tussen beginsels en beleid: beginsels is standarde van geregtigheid, billikheid of ander morele dimensies wat nagekom moet word, terwyl beleid 'n standaard is waarmee 'n politieke, ekonomiese of maatskaplike doelstelling in die gemeenskap nagestreef word.

Hieruit volg Dworkin se alternatief op die regspositivisme: indien vaste reëls nie beskikbaar is om 'n probleem op te los nie, moet die regspreker hom tot regsbeginnels wend. Die regspreker het nie werklik 'n diskresie oor watter oplossing gebied moet word nie, want die relevante regsbeginnels sal altyd 'n korrekte en unieke oplossing bied. Hierdie regsbeginnels het volle regskrag en moet gedurende die regsproses in ag geneem word. Hierdie regsbeginnels het ook tot gevolg dat daar geen raaiskote (*indeterminacies*) in die regstelsel is nie. Alhoewel hy voorgee dat die regspreker nie 'n regsvormende diskresie tydens regsaanwending het nie, maar bloot kompeterende regsbeginnels teenoor mekaar opweeg, is daar tog 'n mate van regterlike regsvorming in sy wetsuitlegteorie te bespeur.

Die beginsels het nie hulle oorsprong in hofbeslissings of wetgewing (dws die positiewe reg) nie, maar ontstaan spontaan na gelang van tyd as 'n gevoel van wenslikheid (*appropriateness*) in die gemeenskap en die professie. Volgens Dworkin ignoreer die regspositiviste hierdie ondersteunende regsbeginsele wat nie as regsreëls van die wetgewer afkomstig is nie. Onderliggend aan die status van beginsels in die regsorde, behels Dworkin se teorie (*rights thesis*) dat die individu se outonomie teen die aanslag van die staat, asook die wil van die meerderheid, beskerm moet word.

□ **LM du Plessis se normatiewe transponering**

Du Plessis het gedurende die tagtigerjare 'n 'inheemse' wetsuitlegteorie ontwikkel wat op normatiewe transponering binne 'n bepaalde kontekstuele raamwerk gebaseer is. Volgens dié teorie behels wetsuitleg nie 'n soektog na die 'bedoeling van die wetgewer' nie, maar is dit eerder die normgerigte proses waardeur die uitlegger van buite sy eie subjektiewe bestaanswêreld 'ontwikkel' of transposeer tot binne sy eie 'verstaansfeer'.²³⁶ Anders gestel, wetsuitleg behels die oorbring van eksterne data (die wetstek) na die uitlegger se eie interne, subjektiewe ondervindingsraamwerk. Daar vind 'n interaksie tussen die wetstek en die uitlegger se kennis en ondervinding plaas wat lei tot 'n toestand van 'verstaan' (*understanding*).²³⁷ Die betekenis van die wetstek is afhanklik van hóé die wetstek van buite af in die uitlegger se bewussyn getransponeer word.

Hierdie is die subjektiewe fase van wetsuitleg. Die betekenis van die wetstek is afhanklik van die wyse waarop die individuele uitlegger telkens hierdie eksterne data (simbole) ontsyfer. Die objektiewe dimensie van die uitlegproses kom nou na vore. Alle oorbring van eksterne data na die uitlegger se subjektiewe bewussyn geskied volgens sekere objektiewe betekenisnorme (basiese 'spelreëls') wat, bewustelik of onbewustelik, deur alle ontvangers van hierdie eksterne data nagekom word. Hierdie 'spelreëls'

²³⁶Sien Du Plessis LM 'Tentative reflections on the systematization of the rules and presumptions of statutory interpretation' (1981) SALJ 211-217; Du Plessis (1980) 42-43; en Du Plessis (1986) 47-60 vir 'n volledige uiteensetting van hierdie teorie.

²³⁷Devenish (1992) 51; Kellaway (1995) 168-169.

is nie net self aan norme (riglyne) onderhewig nie, maar is ook normatief (maw, dit is op sigself 'n bron van ander norme), aangesien die toepassing van sekere betekenis-norme elke keer ander toepassingskriteria vir die uitlegger mag neerlê. Die konteks van die wetsteks word as voorbeeld gebruik:²³⁸ een van die betekenisnorme is dat die konteks die wetsteks se betekenis beslissend beïnvloed, en dit gee aanleiding tot 'n normatiewe riglyn dat die konteks gedurende uitleg in ag geneem moet word. Op die ou end beteken objektiwiteit by wetsuitleg dat alle wetsuitleggers aan dieselfde betekenisnorme ('spelreëls') onderworpe is, en dat een uitlegger se interpretasie vir 'n ander uitlegger verstaanbaar (*explicable*) is.

Die unieke struktuur van die wetsteks speel 'n deurslaggewende rol tydens wetsuitleg. Hierdie strukturele uniekheid bestaan uit die wetsteks se intratekstuele aard en wese (dws, dit is 'n geskrewe dokument wat uit regsreëls bestaan, uitgevaardig deur 'n gemagtigde wetgewer en wat op lede van die publiek binne die hele regsorde van toepassing is). Die wetsteks omvat nietemin ook 'n kontekstuele komponent: die wetsteks, as 'n unieke strukturele geheel, is in 'n aanhoudende interaksie met sy omgewing. Gevolglik kan én mag die teks nooit van sy konteks²³⁹ geskei word nie.

Op grond van hierdie transponeringsteorie het Du Plessis 'n sewe-fase proses van wetsuitleg gekonstrueer.²⁴⁰ Vir die doeleindes van hierdie oorsig word daar net op een fase gekonsentreer: naamlik, die belangrike normatiewe rol wat die gemeenregtelike vermoedens tydens wetsuitleg behoort te speel. Die uitlegvermoedens is die riglyne tydens die uitlegproses. Die uitlegger moet van meet af aan van die vermoedens, asook hulle inhoud, bewus wees. Hulle het nie net betrekking op die intratekstuele struktuur van die wetsteks nie, maar definieer ook die doel en strekking van die wetsteks. Die vermoedens funksioneer as die materiële *grundnorm* van wetsuitleg. Die vermoedens word nie net aan die begin van die proses as riglyn gebruik nie, maar ook aan die einde daarvan: enige voorlopige resultaat wat tydens wetsuitleg verkry is, moet eers teen die vermoedens as normatiewe riglyne getoets word alvorens die uitlegproses voltooi is.²⁴¹

²³⁸ Du Plessis (1986) 48.

²³⁹ Van Heerden (1988) 24 verwys na hierdie teorie as die normatief-kontekstuele transponeringsproses.

²⁴⁰ Sien oa Du Plessis (1986) 54-60.

²⁴¹ Du Plessis (1986) 60 erken nogtans dat die vermoedens deur die wetgewing uitgesluit kan word.

□ Eskridge se *dynamic statutory interpretation*

Eskridge postuleer 'n teorie van dinamiese wetsuitleg teen die agtergrond van die besondere aard en wese van die Amerikaanse politieke strukture en prosesse. In dié opsig val die meeste van sy standpunte buite die raamwerk van hierdie studie. Hy wys tog op 'n aantal interessante nuwe perspektiewe wat wel van waarde vir wetsuitleg in die algemeen mag wees. Dit is veral sy beklemtoning van die interaksie tussen die uitlegger en die politieke proses wat hier van belang is.

Volgens Eskridge is wetsuitleg 'n dinamiese proses.²⁴² Die betekenis wat deur 'n uitlegger aan 'n wetsteks geheg word, is nie noodwendig dié wat die oorspronklike wetgewer mee sou saamgestem het nie. Soos die afstand tussen die promulgering van die wetsteks en opeenvolgende interpretasies groter word, word die sogenaamde *originalist inquiry* (dws die soeke na die bedoeling van die wetgewer) al hoe meer irrelevant. Hy verwerp gevolglik die 'argeologiese' wetsuitlegbenaderings (wat letterlike uitleg (*plain meaning*), die bedoelingsteorie (*original intent*) en doeldienende uitleg insluit). Hierdie benaderings beklemtoon onderskeidelik die teks, bedoeling en oogmerk van die wetsteks. Al drie hierdie benaderings berus op die argument dat 'n uitlegger bloot die riglyne volg wat neergelê is deur 'n wetgewende koalisie, welke koalisie die resultaat van 'n maatskaplike probleem is. Met ander woorde, die wetgewer word deur die kiesers tot stand gebring om sekere maatskaplike probleme die hoof te bied. Die wetgewer artikuleer hierdie behoeftes en eise deur middel van wetgewing, waaraan die uitlegger praktiese beslag moet gee.

Eskridge wys op drie Amerikaanse grondslae vir die bedoelingsbenadering (*original intent doctrine*): die formalistiese (positivistiese) argument dat die wetgewer eksklusiewe wetgewende bevoegdhede het, en dat die regters bloot die reg moet 'spreek'; die ekonomiese argument dat wette eintlik kontrakte tussen die wetgewer en belangegroepes is, en gevolglik volgens die partye se oorspronklike wilsooreenstemming uitgelê moet word; en die sogenaamde *legal process* argument dat die onverkose regbank nie

²⁴²Sien veral Eskridge WN 'Dynamic statutory interpretation' (1987) 135 *University of Pennsylvania LR* 1479ff en Eskridge (1994) 1-80.

magtiging het om buite die parameters van die oorspronklike bedoeling van die verkose wetgewer te gaan nie.

Die tradisionele wetsuitlegbenadering was altyd staties, want dit het 'n 'argeologiese opgraving' van die bedoeling op die tydstip van die wetstek se promulgering behels. Hierdie uitgangspunt berus op 'n aanvaarding dat die wetgewer 'n betekenis vir die betrokke wetgewing op die dag van promulgering vaslê. Wetsuitleg is dan slegs gemoeid met die herhaaldelike opdieping van daardie oorspronklike betekenis. Hy wys daarop dat toekomstige wetsuitleg nie op hierdie standpunt van 'n oorspronklike vasgelegde betekenis kan staatmaak nie: afgesien daarvan dat die wetstek se konteks voortdurend verander, is daar ook sekere gebreke, weglatings en onduidelikhede in die teks wat reeds by promulgering aanwesig is.

Wetsuitleg behels nie net blote eksegeese van die wetstek om 'n historiese betekenis vas te pen nie, maar is eerder 'n hermeneutiese proses waardeur 'n teks uit die verlede deur middel van 'n dinamiese en dialektiese skeppingsproses op bestaande probleme en omstandighede toegepas word. Wetsuitleg is die dinamiese interaksie van die teks, die historiese konteks en die evolusionêre konteks (wat uit die veranderende juridiese en maatskaplike omgewing waarin die wetgewing funksioneer, bestaan). Hierdie benadering is dus gevoelig vir huidige beleidsvraagstukke, omdat die openbare belang (*public-seeking policies*) ook 'n onderafdeling van die evolusionêre konteks vorm. Streng gesproke behels wetsuitleg 'n dubbele dinamiek. Afgesien van die evolusionêre wyse waarop uitleggers wetgewing uitleg om by veranderende omstandighede aan te pas (*interpretation beyond original expectations*), het die wetgewingsproses ook 'n invloed op wetsuitleg. Indien die uitlegresultaat nie vir die wetgewende liggaam aanvaarbaar is nie (*interpretation against original expectations*), word die wetstek dikwels uitdruklik gewysig om die heersende openbare beleid te weerspieël:

Statutory interpretation is hierarchical and sequential. Interpretations by private parties can be corrected by administrators, who can be reversed by judges, who can be overridden by the legislature.²⁴³

²⁴³Eskridge (1994) 49.

Wetsuitleg kan daarom 'n indirekte rol tydens die vorming van openbare beleid speel. Die uitlegger verkeer boonop onder 'n tweeledige druk: van 'onder' (private instansies, drukgroepe en implementeerders), om aan die nuwe eise, nuwe feite, nuwe idees uiting te gee; en van 'bo' (die verskillende wetgewende komitees, ens) om 'n wetgewende veto (*legislative override*) te vermy en die wetgewing staties uit te lê.

Verskillende denkpatriene (hermeneutiek, pragmatisme en *positive political theory*) speel saam 'n rol om die dinamiek van wetsuitleg te verduidelik. Die perspektief van die bepaalde uitlegger verander ook as gevolg van tydsverloop, verskillende politieke en ideologiese verwysingsraamwerke, opeenvolgende wetgewers en normale regsontwikkelings. Die historiese teks neem daarom 'n nuwe dinamiese, maar tog ewolusionêre betekenis aan, in die lig van sosiale, formele en ideologiese veranderings.

❑ Die *Critical Legal Studies*-beweging

Die *Critical Legal Studies*-beweging (CLS) stel nie belang in stuk-vir-stuk hervorming nie, maar in 'n totale herstrukturering van die hele maatskaplike orde. In die proses speel die beweging 'n kritiese rol buite die regstelsel: hulle wil alleen kritiseer, want om te help met die transformasieproses is om deel van die legitimering van onderdrukking te wees. CLS staan skepties teenoor regsformalisme en die Westerse liberale tradisies,²⁴⁴ en gevolglik is die beweging op pad na 'n nuwe *empowered democracy*. CLS veg die liberale regsfilosofie, wat as 'n ideologie beskou word, aan omdat dit 'n instrument van sosiale, ekonomiese en maatskaplike oorheersing is: die Westerse regsdele legitimeer en verskans bestaande hierargieë en magsverhoudings. Hierdie legitimeringsfunksie bestaan uit twee aaneengeslote komponente: *reification*, wat na die verskynsel verwys waar mense, bewustelik en onbewustelik, meewerk aan die stelsel wat hulle onderdruk; en *hegemony*, wat na die stelsel waardeur die maghebbers

²⁴⁴Sien oa **Van Doren JW** 'Illusive justice: applicability of Critical Legal Studies to South Africa' (1989) *SAPR/PL* 104ff; **Van Blerk AE** 'Critical Legal Studies in South Africa' (1996) *SALJ* 86ff; **Unger RM** 'The Critical Legal Studies movement' (1983) 96 *Harvard LR* 561ff; **Tushnet M** 'Critical Legal Studies: a political history' (1991) 100 *Yale LJ* 1515ff; **Van Doren JW** 'Critical Legal Studies and South Africa' (1989) *SALJ* 648ff.

mense met hulle toestemming domineer, verwys. Die verskansing van dié magsverhoudings vind deur sogenaamde *rights rhetoric* plaas, waardeur die ideologiese rol van 'n regstelsel verdoesel word. Hierin speel veral die howe 'n regulerende rol: die *status quo* word gehandhaaf. Gevolglik het die reg en politiek saamgesmelt, en mag word deur die reg vermom: die reg is politiek en ideologie.

CLS het die volgende punte van kritiek teen die bestaande liberale regsorde:

- Binne die liberale regstradisie word die vasstelling van regsbeginsele (wat bewustelik en onbewustelik plaasvind) op verskuilde politieke en ideologiese oorwegings gebaseer. Samehang, voorspelbaarheid en presisering (*determinacy*) is die resultaat van magstryde en praktiese druk. Reëls en beginsele verander slegs as gevolg van veranderings in die politieke klimaat.
- Die liberale regsidee is op individuele outonomie gebaseer, wat nie gemeenskapsbetrokkenheid en kommunale samewerking (sg *communitarianism*) in ag neem nie. Bestaande regte bevoordeel die individu. Die liberale regsorde verskans dus die posisie van die individu en versterk die ongelyke magsbalans in die gemeenskap. Uiteindelik word die hele wêreldbeskouing ingevolge hierdie liberale regsidee 'gekodeer' en uiteindelik geïnterpreteer.
- Voorts word aangevoer dat alle politieke en juridiese teorieë van die standpunt uitgaan dat situasies en toestande só is omdat dit so móét wees. CLS wil aantoon dat sosiale verhoudings nie natuurlik of onafwendbaar is nie, maar bloot tentatiewe kulturele denkbeelde is. Huidige waardestelsels is histories-gefundeerd en arbitrêr, en die reg word deur sosiale idees en opvattinge gekonstitueer. Die reg legitimeer gevolglik die bestaande dominante sosiale- en magsverhoudings, want dit is 'n gegewe. Die *status quo* is dus onafwendbaar (*inevitable*) en die gemeenskap sal slegs verander indien hierdie dominante regsidee verander.

Binne die CLS speel dekonstruksie (sien hieronder) 'n belangrike rol. Die twee belangrikste metodes wat gebruik word is *trashing* (wat bestaan uit die herhaaldelike weersprekings en bevraagtekening van tradisionele begrippe soos billikheid en

geregtigheid om die teenstrydighede en onlogiese grondslae daarvan te ontbloot, en daardeur die alternatiewe uit te wys), en *deligitimation* (wat daarop gemik is om die legitimeitsaspek van die reg te ontbloot en die ideologiese onderbou daarvan uit te wys).

Wat wetsuitleg in die besonder betref, argumenteer die CLS-beweging dat regsteorieë en *legal reasoning* deur ideologiese oorwegings gestut en versterk word, en daardeur die bestaande politieke en sosiale magsbalans bestendig. 'n Regter behoort beslissings as persoon-in-die-gemeenskap te vel, en nie as 'n individu nie. Sodoende sal die regter bewus wees van die praktiese implikasies van sulke beslissings.

❑ Postmodernisme en dekonstruksie

Vir doeleindes van hierdie bespreking word postmodernisme en dekonstruksie gesamentlik behandel. Postmodernisme²⁴⁵ vorm die breë filosofiese basis, terwyl dekonstruksie eintlik 'n vertakking daarvan is wat meer op die verstaan van taal (en dus ook teksuitleg) gefokus is.²⁴⁶

Postmodernisme moet beskryf word met verwysing na modernisme (wat God verwerp het en die rasonele denke vergoddelik het). Die moderne (liberale) regsídee het aan die reg 'n bevoorregte, sentrale posisie in die sosiale orde gegee. Die reg vorm die grense tussen die individu en die staat, en tussen individue onderling. Die reg is dus rationeel en neutraal. Verder is die reg nie net selfbekragtigend (*self-validating*) nie, maar maak dit ook die konstitusionele samestelling van die hele gemeenskap geldig. As sodanig personifíeer die reg die beskawing.

²⁴⁵Sien oa **Cook AE** 'Reflections on postmodernism' (1992) 26 *New England LR* 751-766; **Hunt A** 'The big fear: law confronts postmodernism' (1990) 35 *McGill LJ* 507ff; **Donaldson M** 'Some reservations about law and postmodernism' (1995) 40 *American Journal of Jurisprudence* 335ff; **Hutchinson AC** 'Identity crisis: the politics of interpretation' (1992) 26 *New England LR* 1173 1185.

²⁴⁶Die *Critical Legal Studies*-beweging gebruik ook dekonstruksie as tegniek, veral om bestaande regsídees as ongeldig te bewys.

Die postmodernisme daarenteen, beweer dat die moderne wêreldbeskouing se utopiese beloftes op niks uitgeloop het nie. Die moderniste het probeer om die wêreld met sogenaamde makro-argumente soos onder andere liberalisme, Marxisme en fascisme te verduidelik en te orden. Die moderniste se makro-argumente (sg *big picture*) was nie in staat om die wêreld se probleme op te los nie, want die vrae was te 'groot', te abstrak, te wyd: dit was deurspek met 'n naïewe humanisme, 'n misplaaste geloof in die wetenskap en tegnologie, en 'n oor-optimisme oor die vermoë van taal om kennis te versamel en oor te dra.

Die postmodernisme wil hierdie foute vermy deur middel van radikale pluralisme. Die idee dat klassifikasies en kategoriserings absoluut kan wees, word verwerp, terwyl beide objektiwiteit en subjektiwiteit bevraagteken word: uiteindelik is alles (insluitende kennis) relatief, voorlopig en fragmentaries. In dié proses word die begrip 'waarheid' ontken, asook alle onderskeidings wat die basis van teoretisering vorm (bv logika teenoor retoriek). Die postmodernisme verwerp die modernistiese geloof in die rasionalisme, en aanvaar eerder dat enige argument, hoe logies ook al, net so goed is as die voorveronderstellings (*presuppositions*) daarvan.

Die modernistiese siening dat solank die moderne mens die regte gereedskap en teorieë het, enigiets gedoen en alles opgelos kan word, word gekritiseer. Die mens, die reg en die 'argumente' se beperkinge moet herken en erken word. Die sentrale posisie van die reg as die beliggaming van rasionalisme en beskawing moet verander word.

Die postmodernisme is daarom 'n metodologie waarmee tekste gelees en uitgelê word (deur oa dekonstruksie). Daar word verder gegaan as die outeur se argumente en 'bedoeling', asook die logiese verloop van die argumente. Die teks word eerder geëvalueer op grond van dit wat by die argumente ingesluit, asook uitgesluit is. Binne die raamwerk van postmodernisme is die vraag nou nie meer hoe die wetstekse uitgelê moet word nie: dit gaan eerder oor die bevraagtekening van die legitimiteit van bestaande juridiese redenasies (*discourses*) wat as magsmeganisme vermom is onder die dekmantel van die soeke na die 'ware' betekenis van die wetstekse.

Dekonstruksie as metode moet as 'n teenreaksie teen die strukturalisme²⁴⁷ verstaan word. Die strukturalisme gaan van die veronderstelling uit dat die betekenis van taal uit die grammatikale struktuur vasstelbaar en vaspenbaar (*fixed*) is. Die strukturalisme is dus onderliggend aan die letterlike benadering tot wetsuitleg en die regspositivisme: reëls verkry hulle juridiese waarde en betekenis op grond van hulle posisie binne die regstelsel, asook hulle verhouding met ander reëls.²⁴⁸ Dekonstruksie daag die moderne mens uit om dominante opvattings en teorieë oor die gemeenskap te oordink en te herdink, en uiteindelik te herformuleer. Dekonstruksie is nóg 'n ontkenning van die legitimititeit van reëls en beginsels, nóg van die sekerheid van moraliteit. In die algemeen fokus dit op aspekte van menswees wat vergeet is en op die agtergrond gestoot is as gevolg van die dominansie van sekere regsidees.²⁴⁹

Die fundamentele grondslae van dekonstruksie kan as volg opgesom word:²⁵⁰

- Die standpunt dat die mens konkrete kennis van die regte objektiewe wêreld kan verkry, word verwerp. Al ons ondervinding is die gevolg van die ingrype van taal: alle betekenis, rede en denke vind binne die raamwerk van taal (simbole) plaas. Elke simbool (woord) se betekenis is afhanklik van sy verskille en samehang met ander simbole in die stelsel. Betekenis is dus nie net afhanklik van die verskille tussen die simbole nie (*process of difference*), maar ook die konstante verwysing na ander simbole in die stelsel (*process of deference*). So is geen simbool volledig nie, maar verkry sy betekenis uit hierdie eindelose sirkel van onderlinge verskille en afhanklikheid. Betekenis word dus onbepaald uitgestel, want elke simbool verwys inherent ook na ander simbole. 'n Teks is derhalwe nooit afgesluit en voltooi nie, maar bestaan uit 'n netwerk van aaneengeslote simbole wat eindeloos na mekaar verwys.

²⁴⁷Van den Bergh (1983) 72 nt 28 verwys na die post-strukturaliste. Sien ook Mootz (1994) 116 nt 1: 'Jacques Derrida, the leading post-structuralist theorist, regards his work not as a development of the hermeneutical tradition, but as a subversion of hermeneutics.'

²⁴⁸Fagan A 'Debunking the myths: deconstruction and the interpretation of statutes' (1987) *Responsa Meridiana* 195 199-200.

²⁴⁹Balkin JM 'Deconstructive practice and legal theory' (1987) 96 *Yale LJ* 743 763.

²⁵⁰Sien oa Rosenfeld M 'Deconstruction and legal interpretation: conflict, indeterminacy and the temptations of the new legal formalism' in Cornell, Rosenfeld & Carlson (eds) (1992) *Deconstruction and the possibility of justice* 152ff; Fagan (1987) 195ff; Balkin (1987) 743ff.

- Die betekenis van 'n teks word nie deur die outeur vasgelê nie, maar deur die verhouding tussen tekste, en tussen tekste en leser. Hierdie bevryding van die teks van die outeur ten tye van die skepping van die teks (die sg *death of the author*)²⁵¹ gee aanleiding tot hierdie interaksie van die leser met die simbole binne die teks, asook ander tekste (*free play of text*).
- Tekste kan nie net een interpretasie hê of net tot een interpretasie aanleiding gee nie. 'n Teks kan nie 'n vaste en finale betekenis verkry nie, omdat elke teks weer na 'n ander teks verwys. Betekenis is afhanklik van 'n stel kodes (dws 'n stel sosiale, politieke en kulturele stereotipes) wat in die verskillende tekste en die leser aanwesig is. Aangesien elke leser verskillende tekste in hierdie intertekstualiteit met mekaar in wisselwerking bring, sal die geldige betekenis telkens afhang van die sosiale, politieke en kulturele omstandighede van die leser. Betekenis is dus nie inherent in die teks vasgestel nie, en gevolglik kan 'n teks 'n groot aantal subjektiewe interpretasies en betekenisne voortbring. Anders gestel, dit wat ons nie bedoel om te sê nie, is net so belangrik soos dit wat ons wel bedoel om te sê. Teksuitleg, met ander woorde, is per definisie subjektief. Volgens dekonstruksie is betekenis altyd aanvegbaar. Die lees van 'n teks eindig nie met die vasstelling van 'n finale betekenis nie, maar met 'n tydelike besluitloosheid (*undecidability*), wat weer vatbaar is vir herinterpretasie.

Bogenoemde beginsels van dekonstruksie is ook op wetsuitleg van toepassing gemaak. Volgens **Balkin**²⁵² het dekonstruksie die volgende waarde vir wetsuitleg:

[D]econstructive techniques offer both a new kind of interpretive strategy and a critique of conventional interpretations of legal texts.

- Tydens teksuitleg (en dus ook wetsuitleg) is verskillende tekste gelyktydig met mekaar in wisselwerking. Hierdie 'intertekstualiteit' behels ander wetstekste, regspraak, die gemenereg, ensovoorts. Die regspreker word nie net hierdeur ingelig nie, maar ook deur ander buite-juridiese faktore (kodes) soos kulturele

²⁵¹Die *death of the author*-teorie stem ooreen met die opvatting van die objektiewe delegasieteorie van wetsuitleg (hierbo) dat die wetstek by promulgasie 'n eie identiteit aanneem en dat die wetgewer daarna nie meer 'n rol tydens wetsuitleg speel nie.

²⁵²**Balkin** (1987) 744.

en ideologiese agtergrond. Gevolglik sal verskillende regsprekers wat dieselfde wetsteks uitlê, noodwendig by verskillende interpretasies uitkom. Wetsuitleg (vasstelling van die betekenis van die wetsteks) het dus te make met die verhouding tussen uitlegger en teks. Die outeur (wetgewer) het nie enige beheer oor hoe elke leser (uitlegger) die teks telkens sal reaktiveer nie. Die teks-gebaseerde uitlegbenaderings (letterlike uitleg en die bevelsteorie) kan derhalwe nie die aard van die uitlegproses korrek verklaar nie. **Rosenfeld**²⁵³ stel dit as volg:

Accordingly, in the light of deconstruction, resort to the jurisprudence of original intent can only lead to a paralyzing idolatry that forecloses any genuine intertextual elucidation of legal relationships.

Wetsuitleg vereis 'n aanhoudende herinterpretasie van die verlede, asook 'n voortdurende oop gemoed oor toekomstige herinterpretasies van die wetsteks.²⁵⁴

- Ook kontekstuele uitleg word gekritiseer. Teks kan slegs 'n vaste betekenis deur middel van die konteks verkry, indien die konteks 'n vaste (*fixed*) inhoud het. Konteks het egter nie grense nie, en daar is geen beperking op wat noodwendig relevant vir die konteks sal wees nie.
- Dekonstruksie verskuif die fokus na regterlike keuse en verantwoordelikheid (*accountability*): wetsuitleg is nie neutraal en waarde-vry nie. Die uitlegger word deur persoonlike kulturele en ideologiese waardestelsels gelei. Die uitlegger maak derhalwe 'keuses' tydens wetsuitleg, welke keuses uitdruklik en bewustelik is. Daarom moet die uitlegger persoonlike verantwoordelikheid aanvaar vir die keuses wat uitgeoefen word.²⁵⁵ Selfs indien die keuse ten gunste van die *status quo* is, is dit steeds 'n bewustelike keuse, wat nie met 'duidelike tekste' of 'wetgewersbedoelings' vermom moet word nie. Die uitlegger kan nie agter 'waarde-vrye' en meganiese uitlegmetodes skuil nie, en is verantwoordelik vir die ideologiese waardes wat elke interpretasie onderskraag.²⁵⁶

²⁵³Rosenfeld (1992) 153.

²⁵⁴Sien bv Cowen (1976) 156 tov die *continuing time-frame of legislation*, asook Du Toit (1977) 12-13 se *dimension of futurity*.

²⁵⁵Sien ook Dugard (1971) 181ff se siening dat wetsuitleg uit waardebelaaide keuses bestaan, asook Froneman (1996) se drie tipes *accountability* as kontrole oor regterlike regsvorming (sien 3.4 hierbo).

²⁵⁶Sien bv Cowling (1987) 177ff se standpunt oor die *sg inarticulate premiss*.

□ Die *Plain Language*-beweging

Soos reeds vroeër in die hoofstuk bespreek, het wetsuitleg nie net te make met die formele, meganiese vasstelling van een of ander historiese wetgewer se 'bedoeling' nie, maar met regstoepassing in die wyer sin van die woord. In dié verband speel die betekenis van die wetstekse 'n deurslaggewende rol. Dit kan dus nie ontken word dat wetstaal en die metodes van wetsopstelling 'n invloed op die wetsuitleg en die 'verstaan' van die wetstekse sal speel nie. Wetsopstelling op sigself is 'n hoogs-gespesialiseerde vakgebied,²⁵⁷ en in hierdie kort oorsig sal slegs op sekere aspekte van die *Plain Language*-beweging en wetsopstelling gefokus word.

Die *Plain Language*-beweging is die wêreldwye voortsetting van die *Plain English*-beweging²⁵⁸ wat in die middel sewentigerjare in Brittanje ontstaan het as 'n teenreaksie op die ingewikkelde en hoogdrawende regstaal.²⁵⁹ Dit is veral die druk van verbruikers-organisasies wat tot die ontstaan van die veldtog aanleiding gegee het. Die oogmerke van die beweging strek verder as net wetgewing: alle regsdocumente (bv kontrakte, regskennisgewings ens) word by die veldtog betrek.

Die goue reël van die *Plain Language*-beweging is dat die skrywers van regstekste duidelik en verstaanbaar vir hulle lesers moet skryf. Wette moet opgestel word met die klem daarop dat die lesers verstaan wat die reg van hulle verwag, en nie dat die regbank met onbuigsame grammatikale konstruksies beheer moet word nie.²⁶⁰ *Plain language* is 'n skryfstyl wat op die behoeftes van die leser gerig is: dit is die plig van die

²⁵⁷Afgesien van die talle taalkundige handleidings oor wetsopstelling, is daar ook deesdae meer belangstelling in die prosessuele aspekte van wetsopstelling. Sien oa **Marcello DA** 'The ethics and politics of legislative drafting' (1996) 70 *Tulane LR* 2437ff en **Jamieson NJ** 'The doctrine of free expression in legislative drafting' (1980) *Statute LR* 78ff in dié verband.

²⁵⁸Streng gesproke is *plain English* en *plain language* identies. By beide gaan dit oor verstaanbare regstekste en die vermyding van sg *legalese*. Sien **Hathaway GH** 'The Plain English movement in the law' (1994) 50 *Missouri Bar Journal* 19 20.

²⁵⁹Dit is egter nie die eerste veldtog teen ingewikkelde regstaal nie. Oa Jefferson, Bentham, Francis Bacon en lord Coke het reeds eeue gelede daarteen te velde getrek. Sien bv **McLaren M** 'The case for plain legal English in New Zealand' (1992) *New Zealand Law Journal* 167 168; **Hathaway** (1994) 19; **Felsenfeld C** 'The Plain English movement in the United States' (1981/82) 6 *Canadian Business LJ* 408 411.

²⁶⁰**Thomas R** 'Plain English and the law' (1985) *Statute LR* 139; **Conard AF** 'A legislative text: new ways to write laws' (1985) *Statute LR* 62 83.

skrywer (opsteller) om te probeer om die geskrewe teks se betekenis aan die leser oor te dra.²⁶¹ In die proses moet alle taalbronne en hulpmiddels²⁶² ingespan word ten einde goeie, normale omgangstaal te gebruik wat volwassenes daaglik²⁶³ besig om die boodskap so maklik as moontlik by die leser uit te bring. Dit beteken ook dat tydens wetsopstelling gekontekstualiseer moet word: met ander woorde, die skrywer (opsteller) moet bepaal wie die betrokke 'gehoor' gaan wees, asook vooraf die verskillende teiken-groepe identifiseer.²⁶⁴

Daar bestaan 'n duidelike wisselwerking tussen tradisionele wetsopstelling en wets-uitleg.²⁶⁵ die wetgewing word so uitgebreid moontlik opgestel in 'n poging om alle moontlikhede te dek, omdat aanvaar word dat die howe nie byvoegings en verminderings aan die letterlike betekenis sal maak nie; en die howe pas letterlike uitleg toe, omdat vermoed word dat die wetgewer alles wat nodig was in die wetstek ingevoeg het. Die fiksie van die wetgewersbedoeling is een van die struikelblokke wat in die pad van eenvoudiger wetsopstelling staan, want die taal wat die wetsopstellers in die wetstek gebruik behoort darem soos dié van 'n wetgewer te klink.²⁶⁶ 'n Ander probleem is die wetsopsteller se soeke na regsekerheid. **Lord Denning** het hierdie aspek as volg saamgevat:

The trouble lies with our method of drafting. The principal object of the draftsman is to achieve certainty - laudable object in itself. But in pursuit of it, he loses sight of the equally important object - clarity. The draftsman ... has conceived certainty, but has brought forth obscurity; sometimes even absurdity.²⁶⁷

Die *Plain Language*-beweging is van mening dat regsekerheid en akkuraatheid nie as

²⁶¹ **Canadian Bar Association** (1990) *The decline and fall of 'Gobbledegook': report on Plain Language documentation* 1.

²⁶² Dit sluit formaat- en bladsy-uitleg in. Die struktuur van die hele dokument moet só ontwerp word dat die inligting daarin vervat, maklik verstaan kan word. Die nuwe Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 is 'n goeie voorbeeld van 'n wetstek wat dmv voetnotas, tabelle ens probeer om die boodskap beter aan die lesers oor te dra.

²⁶³ Sien ook *Association of Amusement & Novelty Machine Operators v Minister of Justice* 1980 2 SA 636 (A) waarin beslis is dat gewone grammatikale betekenis die gewone, algemene omgangstaal (*colloquial speech*) behels.

²⁶⁴ **Can Bar Assoc** (1990) 4.

²⁶⁵ **Botha CJ** 'The nexus between drafting and interpretation' in Van den Bergh (red) (1987) *Aspects of legal drafting* 30-37.

²⁶⁶ **Conard** (1985) 63.

²⁶⁷ **Denning AT** (1979) *The discipline of law* 9.

gevolg van eenvoudiger, verstaanbare taal ingeboet sal word nie: regsekerheid en verstaanbaarheid is nie twee kompeterende doelwitte nie.²⁶⁸ *Plain language*-wetsopstelling sal eerder die vlak van regsekerheid van die dokument verhoog, omdat die opsteller tydens wetsopstelling gedwing word om die konteks van die eindgebruiker in ag te neem. Sogenaamde *plain language drafting* moet as 'n dinamiese proses gesien word, eerder as 'n meganiese toepassing van statiese grammatikale reëls van wetsopstelling.²⁶⁹ Die *plain* in *plain language* beteken nietemin nie dat tekste nou uit een-lettergreepwoorde of enkelklousulesinne moet bestaan nie.²⁷⁰ Die klem is op verstaanbare taalgebruik, nie *pidgin English* en swak en geradbraakte taalgebruik nie.²⁷¹ Die sogenaamde *plainness* van die taal word gedefinieer met verwysing na die eindgebruiker (ingewikkelde valutabeheermaatreëls sal bv meer ingewikkeld en tegnies wees as padverkeersregulasies, wat op die breë bevolking gemik is).

Die kwessie van ingewikkelde regstaal het gevolglik 'n invloed op die legitimiteit van die regsorde. Taal (en dus regstekste ook) het 'n sosiale en doeldienende funksie. Dit dra nie net inligting oor nie, maar kommunikeer. 'Taal' het nie ten volle tot uiting gekom indien die boodskap nie behoorlik verstaan is nie. Die reg kan nie sy rol om te reguleer en te orden vervul indien dit nie verstaan word nie. As wetgewing nagekom móét word, moet dit eers verstaan word.²⁷² In *Davy v Leeds Corporation*²⁷³ het die betrokke regter dié soberende indrukke van wetsuitleg gegee:

To reach a conclusion on this matter involved the court in wading through a monstrous legislative morass, staggering from stone to stone and ignoring the marsh gas exhaling from the forest of schedules lining the way on each side. I regarded it at one time, I must confess, as a Slough of Despond through which the court would never drag its feet, but I have by leaping from tussock to tussock as best I might, pale and exhausted, reached the other side.

Die volgende kritiese opmerking van appèlregter Botha in *Santam Insurance Ltd v Taylor*²⁷⁴ oor artikel 22(1)(d) en 22(1)(bb) van die Wet op Verpligte Motorvoertuig-

²⁶⁸Kelly D 'Legislative drafting and plain English' (1986) *Adelaide LR* 409 412; McLaren (1992) 169.

²⁶⁹Can Bar Assoc (1990) 17 en 47. Dit vind natuurlik in 'n mate aansluiting by die standpunt (soos hierbo bespreek) dat die wetgewer en uitlegger vennote in die regsvormingsproses is.

²⁷⁰Eagleson RD 'What lawyers need to know about plain language' (1994) 73 *Michigan Bar Journal* 44.

²⁷¹McLaren (1992) 167.

²⁷²Elliot DC 'Innovative legislative drafting' (1994) 73 *Michigan Bar Journal* 40; Eagleson (1994) 44.

²⁷³[1964] 3 All ER 390 394.

²⁷⁴1985 1 SA 514 (A) 523B en 526E.

assuransie,²⁷⁵ fokus ook op diegene wat direk deur wetgewing geraak word:

In an attempt to escape from the prolixity which disgraces this piece of legislation I shall take a number of short cuts when referring to its provisions ... In my opinion the man in the street would be at least as perplexed by the language used by the legislature as is the man on the bench writing this judgment.

Albei aanhalings kritiseer nie net ingewikkelde wetstaal nie, maar is ook 'n ernstige aanklag teen die regstelsel as geheel. Die deursnee landsburger is nie in staat om die wetgewing wat sy of haar daaglikse bestaan moet orden, te verstaan nie. Selfs die regbank het probleme om ingewikkelde wetgewing uit te lê. Die standpunt van CLS (hierbo) dat sogenaamde *rights rhetoric* net daarop uit is om bestaande magsverhoudings te vermom en te verskans, lyk nou al hoe minder soos radikale en afbrekende kritiek. Dworkin se *law as integrity* en die legitimiteit van die regsorde is nou in gedrang. Reeds in die vyftigerjare het lord Radcliffe hom as volg oor die eksklusiewe aard van regstaal uitgelaat:

It seems to me that a sort of hieratic language has developed by which the priests incant the commandments. I seem to see the ordinary citizen today standing before the law like the laity in a medieval church: at the far end the lights glow, the priestly figures move to and fro, but it is in an unknown tongue that the great mysteries of right and wrong are proclaimed.²⁷⁶

Van den Bergh is van mening dat die 'wetsteksgenre' 'n metataal is wat nie gelykgestel kan word aan gewone taalgebruik nie: die boodskap in die wetstek kan slegs verstaan word indien die leser bekend is met die wetsteksgenre (kodes) waardeur die wetgewer sy boodskap oordra.²⁷⁷ Hierdie standpunt is nié in 'n regstaat aanvaarbaar nie.²⁷⁸ Die grondwetlike beginsels van deursigtigheid, gelykheid en 'n regverdigde regsproses kan nouliks gehandhaaf word indien die bevolking nie in staat is om wetgewing te 'ontsyfer' nie.²⁷⁹ Die skepping en instandhouding van 'n *rights culture* kan slegs suksesvol wees indien diegene wat deur die reg geraak word besef dat dit tot hulle voordeel is dat die

²⁷⁵56 van 1972.

²⁷⁶Radcliffe L 'Some reflections on law and lawyers' (1950) *Cambridge LJ* 361 368.

²⁷⁷Van den Bergh (1982) 158-9.

²⁷⁸Sien ook Gutto SBO 'Plain language and the law in context of cultural and legal pluralism' (1995) *SAJHR* 311ff hieroor.

²⁷⁹Dit is interessant dat probeer is om die teks van hoofstuk 2 (die handves van fundamentele regte) in die 1996-Grondwet in verstaanbare taal op te stel. Volgens Du Plessis LM 'The bill of rights in the working draft of the new Constitution: an evaluation of a constitutional text *sui generis*' (1996) *Stell LR* 3 is die nuwe handves 'ge-plain language'.

reëls nagekom word, maar dan moet hulle in staat wees om die reëls te verstaan.²⁸⁰

People are confused, harassed and sometimes injured by pompous, archaic and impenetrable paperwork. High sounding language humiliates. If people cannot understand something ... they feel somehow to blame.²⁸¹

Enersyds is wetsuitleg en regstoepassing onlosmaaklik verbind, andersyds speel wetsopstelling 'n indirekte rol tydens wetsuitleg. Soos reeds vroeër verduidelik, moet wetsuitleg binne die raamwerk van die fundamentele grondwetlike waardes plaasvind. Daarom kan die *Plain Language*-beginsel daartoe bydra dat die waardes en beginsels wat 'n regstaat onderskraag, nader aan die gemeenskap gebring word:

[W]hereas it is imperative to simplify the expression of the law by the use of 'plain language' among other strategies, it is equally necessary to conceive of language in a socio-historical context and to maximise the popularity of law by improving the human values in the law as well as making the procedures more accessible and participatory.²⁸²

3.6 SAMEVATTING

Uit die voorgaande bespreking van die teoretiese grondslae van wetsuitleg kan die ontwikkeling van die moderne wetsuitlegmetodiek in drie breë stadiums ingedeel word:

- die *plain meaning*-era (die teksgebaseerde metode), waarin die klem groten-deels op 'n regspositivistiese en meganiese toepassing van die duidelike grammatikale betekenis van die wetstek geplaas is. Begrippe soos die 'bedoeling van die wetgewer' en *original intent* was wel as die 'primêre reëls' van wetsuitleg voorgehou, maar die oorspronklike letterlike wetstek was steeds die deurslaggewende faktor tydens die uitlegproses;
- die *purposive*-era (die kontekstuele metode), waar veral die nuwe belangstelling in die algemene hermeneutiek 'n rol gespeel het om die toekomsgerigte wisselwerking tussen teks en konteks tydens wetsuitleg te beklemtoon. Die oogmerk van die wetgewing en die regsvormende rol van die uitlegger tydens wetsuitleg-as-regsaanwending het stelselmatig begin om *plain meaning* en *original intent* as tradisionele wetsuitlegdogma te vervang;

²⁸⁰*Merkur Island Shipping v Laughton* [1983] All ER 334 351.

²⁸¹Thomas (1985) 143.

²⁸²Gutto (1995) 311.

- die *justice*-era (die waardegerigte teleologiese metode), wat geregtigheid en billikheid as die parameters van wetsuitleg en regstoepassing beklemtoon.²⁸³

Dit is veral ten opsigte van die laaste ontwikkelingstadium waar die onlangse (en somtyds radikale) denke oor die betekenis van taal, die reg-as-integriteit, dekonstruksie en die tradisionele regsïdee as verskansing van die *status quo* nuwe insigte oor die aard en rol van wetsuitleg teweeggebring het.²⁸⁴ Dit is juis die ongevoeligheid ten opsigte van geregtigheid en billikheid in die tradisionele wetsuitlegbenaderings wat die *Critical Legal Studies*-beweging so brutaal deur middel van *trashing* en *debunking* onder ons aandag wil bring.

Mootz artikuleer die fundamentele transformasie vanaf 'n oppervlakkige opkikking van wetsuitlegmetodes na 'n waardegerigte proses só:

Contemporary hermeneutical thought is too important to allow legal scholars simply to cull its fancy jargon with the intent of adding some sparkle to familiar and ossified jurisprudential debates. The transformation of hermeneutics in this century has generated excitement among philosophers precisely because this transformation has the liberating potential of presenting traditional problems in a new light, whether they be problems of theology, literary criticism, or aesthetics. The growing number of legal scholars exploring the themes of contemporary hermeneutics do so with equal excitement; their aim is to rethink traditional jurisprudential debates and to reveal more faithfully the phenomenology of legal practice. Contemporary hermeneutics is especially relevant to the legal profession, whose practice reveals a commitment to the centrality of interpretation but also an awareness that interpretation cannot be cabined as a set of procedures or methods without obscuring the inherent connections of law, morals, politics, and history.²⁸⁵

Die inherente aard van 'n *grundnorm*-grondwet as bron van gepositiveerde waardes wat 'n materiële regstaat stut vereis nie net 'n waarde-gebaseerde (*value-based*) grondwetuitleg nie, maar 'n waardegerigte (*value-driven and standard-setting*) uitleg.²⁸⁶

²⁸³Sien veral **Devenish** (1992) 39-48 tov teleologiese uitleg as *value-coherent*, en **Cockrell** (1996) 1ff se standpunt oor 'n *substantive jurisprudence*.

²⁸⁴Sien oa **Harrison NJ** 'Construction or deconstruction in the interpretation of statutes' (1989) *Law Teacher* 162ff se opmerkings tov die insluiting van nuwe denkrigtings oor wetsuitleg in bestaande leerplanne.

²⁸⁵**Mootz** (1994) 117 (my kursivering).

²⁸⁶Sien veral hfst 6 hieronder.

Kortom, wets- en grondwetuitleg behoort nie net vanaf 'n waardebelaaide basis plaas te vind nie, maar moet ook daardie waardes in die regsorde in werking stel en afdwing. Om die kritiek van die CLS oor die 'liberale regsidee' te ondervang, moet die geregtigheidsbegrip die nuwe 'primêre reël van gewone wetsuitleg' wees tydens die noodwendige wisselwerking tydens wets- en grondwetuitleg.

Grondwetuitleg in Suid-Afrika

4.1 INLEIDENDE OPMERKINGS

Streng gesproke is hierdie hoofstuk 'n bespreking van 'staatsregtelike wetsuitleg':¹ die wyse waarop die Suid-Afrikaanse regbank beide konstitusies² en grondwette³ uitgelê het. Vóór 1994 was die drie Suid-Afrikaanse 'grondwette' bloot nominale konstitusies, wat binne die stelsel van parlementêre soewereiniteit net gewone wette was en op dieselfde manier as enige ander wetgewing uitgelê moes word.⁴ Dit lei geen twyfel dat hierdie konstitusies 'n belangrike staatsregtelike rol gespeel het nie, maar nie een was binne die regsorde die *lex fundamentalis* nie: voor 1994 was Suid-Afrika nie 'n materiële regstaat nie. Hierdie hoofstuk bied 'n oorsig van die kwynende rol van 'staatsregtelike interpretasie' in Suid-Afrika sedert die dertigerjare, die herlewing daarvan in, ironies genoeg, twee van die 'onafhanklike tuislande', Bophuthatswana en Ciskei,⁵ asook Suidwes-Afrika/Namibië, en die vestiging van ware grondwetuitleg in Suid-Afrika (ná die inwerkingtreding van die oppermagtige 1993-Grondwet).

In aansluiting by die vorige hoofstuk (die teoretiese grondslae van wetsuitleg), 'n algemene inleidende opmerking: alhoewel die drie Suid-Afrikaanse konstitusies almal geskrewe dokumente was, was almal op die Westminstermodel geskoei. As gevolg van

¹Eenvoudig doelmatigheidsonthalwe word hierdie oorkoepelende begrip gebruik om beide konstitusionele- en grondwetuitleg in te sluit. Sien ook Devenish (1995) 249, wat *constitutional interpretation* met 'staatsregtelike uitleg' vertaal.

²Die Zuid-Afrika Wet (9 Edw VII c9) van 1909, die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1991 (die 1961-Grondwet) en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983 (die 1983-Grondwet).

³Die Grondwet van die Republiek van Bophuthatswana 18 van 1977 (B) en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 (1993-Grondwet).

⁴Sien die onderskeid tussen konstitusies en grondwette in hfst 2 hierbo.

⁵Alhoewel die Ciskeise Grondwetlike Dekreet 45 van 1990 kwalik as 'n *grundnorm*-grondwet beskryf kan word, is die hofbeslissings daaroor wel vir hierdie bespreking relevant.

die soewereiniteit van die parlement het hulle geen hoër regs-krag in die regsorde gehad nie en is dus soos enige ander wet uitgelê. Die tradisionele reëls van wetsuitleg het tot gevolg gehad dat waarde-oordele nooit ter sprake gekom het nie. Ideologies-politieke faktore het in elk geval ná 1948 daartoe bygedra dat die ortodokse 'waardevrye' uitlegmetodiek voorkeur geniet het. Afsien van die kortstondige poging deur die Suid-Afrikaanse Appèlhof gedurende die vyftigerjare om binne 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit materiële sin aan 'n blote formele konstitusie te gee, het die tradisionele metode van wetsuitleg grootliks meegehelp (onder die dekmantel van regspositivisme en die *ius dicere*-reël) om die Suid-Afrikaanse *Gesetzesstaat* in stand te hou.

'Staatsregtelike wetsuitleg' het nogtans voor Uniewording al in Suid-Afrika ter sprake gekom. Die OVS-grondwet van 1854 is sterk deur die Amerikaanse grondwet (1789) en die Franse grondwet (1791) beïnvloed. Die Vrystaatse Grondwet het sekere fundamentele regte gewaarborg (bv vryheid van spraak, gelykheid voor die reg en die reg op grondbesit).⁶ Die Grondwet het nie uitdruklike toetsingsreg van wetgewing aan die regbank verleen nie, maar hierdie bevoegdheid is, soos in die VSA, mettertyd deur die hof toegeëien. In *The State v Gibson*⁷ is byvoorbeeld beslis dat die wetgewer (die Volksraad), as die hoogste wetgewende gesag in die OVS, nietemin deur die Grondwet beheer word, en dat die hof wel die geldigheid van wetgewing kan toets.⁸

Die toepassing van die fundamentele regte in die Grondwet het klaarblyklik nie die 'nie-blankes' in die OVS ingesluit nie. **Van Aswegen**⁹ verwys na twee growwe skendings van fundamentele regte wat teen die 'nie-blanke' bevolking gepleeg is en waarna president NJ Boshoff nie daarin kon slaag om vervolgings teen die oortreders in te stel nie. Volgens die 'blankes' in die OVS se gewaarwording van 'n *rights culture*, was die materiële komponent van die Grondwet nie op 'nie-blankes' van toepassing nie.

⁶Carpenter (1987) 64; Van Aswegen HJ 'Menseregte en "die wet van die grens": aspekte van tussen-groepverhoudings in die OVS 1855-1859' (1993) *Acta Academica* 32 35.

⁷(1898) 15 Cape LJ 1.

⁸Carpenter (1987) 65.

⁹Van Aswegen (1993) 32ff.

Daarenteen het 'staatsregtelike wetsuitleg' in die Transvaal (*Zuid-Afrikaanse Republiek*) 'n meer stormagtige en kortstondige duur gehad. Alhoewel die Transvaalse Grondwet van 1858 nie uitdruklik bepaal het dat dit oppermagtig was nie, het die bepaling dat wetgewing deur middel van 'n tweederdemeerderheid aangeneem moes word, daarop gedui dat die wetgewer aan die grondwet ondergeskik was (tenminste wat die *manner and form*-vereistes betref).¹⁰ Die feit dat die Volksraad gereeld resolusies by wyse van informele besluite aanvaar het, het kort voor lank die kwessie van grondwetlike toetsing op die spits gedryf.

In *Executors of McCorkindale v Bok*¹¹ het hoofregter Kotzé bevind dat die informele besluite van die Volksraad wel geldig is. Alhoewel daar 'n morele verpligting op die wetgewer rus om die bepalings van die Grondwet te respekteer, is die Volksraad die hoogste gesag in die ZAR en kan die Grondwet geïgnoreer word. Die grondwetlike wiel het egter begin draai. In *Trustees in the Insolvent Estate of Theodore Doms v Bok*¹² het hoofregter Kotzé in die meerderheidsuitspraak sy standpunt in die *Doms*-saak herbevestig, maar regter Jorissen het in 'n minderheidsuitspraak bevind dat die grondwet se bepalings ook die Volksraad bind, en dat informele besluite ongeldig is. In reaksie hierop het president Paul Kruger 'n proklamasie gepromulgeer wat uitdruklik bepaal het dat informele besluite regsrag sou hê. In die saak van *Hess v The State*¹³ het hoofregter Kotzé (in 'n skielike ommakeer) daarna *obiter* gesê dat wetgewing wel ingevolge prosessuele gronde ongeldig verklaar kon word.

Die vraagstuk rondom die geldigheid van die informele besluite het weer *Brown v Leyds*¹⁴ ter sprake gekom, en hierdie keer tot 'n konstitusionele krisis aanleiding gegee. Hoofregter Kotzé het in dié saak besluite van die Volksraad ongeldig verklaar. Hy het daarop gewys dat die Grondwet oppermagtig is, dat die Volksraad daaraan ondergeskik is en dat die regbank toetsingsreg ten opsigte van beide *manner and content* van

¹⁰Carpenter (1987) 67; Van der Merwe D 'Brown v Leyds recalled: what does a constitution constitute and what constitutes a constitution?' (1995) *THRHR* 661 663.

¹¹(1884) 1 SAR 202.

¹²(1887) 2 SAR 189.

¹³(1895) OR 112.

¹⁴(1897) 4 OR 17.

wetgewing het.¹⁵ President Kruger was nie met hierdie vroeë voorbeeld van regterlike aktivisme gediend nie. 'n Noodsitting van die Volksraad is belê en wetgewing¹⁶ is aangeneem waarvolgens die howe se toetsingsreg uitdruklik uitgesluit was. Die wet het ook bepaal dat regters tydens die aflegging van hulle ampseed sal onderneem om nie 'n toetsingsreg uit te oefen nie. Die President het ook die reg verkry om 'n onderneming van regters te eis dat hulle nie só 'n toetsingsreg sal uitoefen nie. Indien regters sou weier om die onderneming af te lê, kon die President hulle afdank. Die regbank het geweier om aan die President se eise toe te gee en die hof vir 'n onbepaalde tyd verdaag. Na bemiddeling deur sir Henry de Villiers is 'n kompromie bereik: die regbank sou toegee aan die President se eise, op voorwaarde dat wetgewing aangeneem word wat die wysiging van die Grondwet deur middel van gewone wetgewende prosedures sou beskerm, en dat die onafhanklikheid van die regbank gewaarborg word. Toe sodanige wetgewing nie tydens die volgende sitting van die Volksraad ingedien is nie, het hoofregter Kotzé in 1898 aangedui dat hy nie meer deur die ooreenkoms gebind is nie, waarop president Kruger (wat die toetsingsreg van die howe as 'n 'satansbeginsel' bestempel het) hom onmiddellik as hoofregter afgedank het.¹⁷

Opinies oor die korrektheid van hoofregter Kotzé se optrede verskil,¹⁸ veral omdat die Transvaalse Grondwet nie 'n *lex fundamentalis* in die ware sin van die woord was nie. *Brown v Leyds* is nietemin een van die min voorbeelde in Suid-Afrika se konstitusionele geskiedenis waar 'n regter bereid was om standpunt in te neem ten gunste van een van die kernbeginsels van 'n demokratiese bestel.¹⁹

¹⁵Carpenter (1987) 71.

¹⁶Wet 1 van 1897.

¹⁷Sien veral **Van der Merwe** (1995) 661ff vir 'n volledige regshistoriese uiteensetting van die krisis.

¹⁸Sien **Carpenter** (1987) 71-72 en **Van der Merwe** (1995) 671-672, en die bronne daar vermeld.

¹⁹In beginsel is daar dus 'n band tussen *Brown v Leyds* en Schreiner AR se minderheidsuitspraak in *Collins v Minister of the Interior* 1957 1 SA 552 (A) (hieronder bespreek). Sien ook **Wiechers** (1985b) 383ff in dié verband.

4.2 DIE ERA VAN PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT

(a) Die einde van die howe se 'toetsingsreg': *Ndobe* en *Ndlwana*

Ná die promulgering van die Zuid-Afrika Wet in 1909 en die totstandkoming van die Unie in 1910 het die era van parlementêre soewereiniteit in Suid-Afrika aangebreek. Die kwessie van die howe se toetsingsreg ten aansien van die geldigheid van parlementêre wetgewing het nogtans nie verdwyn nie. Hierdie keer was dit parlementêre prosedure en die drie verskanste bepalings (arts 35, 137 en 152) van die 1909-wet wat ter sprake gekom het. Ingevolge artikel 152 kon artikel 35 (wat die 'nie-blanke' stemreg beskerm het) en artikel 137 (wat die gelykheid van die twee amptelike landstale beskerm het), slegs by wyse van 'n tweederdemeerderheid van die Volksraad en die Senaat in 'n gesamentlike sitting gewysig word.

Kort voor lank het die eerste pogings om die 'nie-blanke' stemreg te verwyder, begin.²⁰ In *R v Ndobe*²¹ het die Appèlhof beslis dat 'n wet wat met artikel 35 bots, en nie met die verlangde tweederdemeerderheid aangeneem is nie, ongeldig is. Hierdie beslissing was nie problematies nie. Voor die aanvaarding van die Statuut van Westminster in 1931, was die Suid-Afrikaanse Parlement steeds gebonde aan die *Colonial Laws Validity Act*.²² Hierdie wet het bepaal dat wetgewing van 'n vrygewes wat in stryd met 'n bepaling van 'n Britse wet (oa die Zuid-Afrika Wet) aangeneem is, ongeldig was, en daar kan aanvaar word dat die *Ndobe*-beslissing daarop gegrond was.

In 1931 is die Statuut van Westminster²³ aangeneem en daarmee saam die *Colonial Laws Validity Act* herroep. Die gevolg hiervan was dat die vrygeweswetgewers volledige wetgewende bevoegdhede ten opsigte van alle aangeleenthede verkry het.²⁴ Kort hierna het die Suid-Afrikaanse Parlement die Naturelleverteenwoordigingswet²⁵

²⁰Sien verder oa **Carpenter** (1987) 140-144, **Wiechers** (1981) 310-311, **Basson & Viljoen** (1988) 179-180 en **Van Wyk DH** 'Judicial review in the Republic of South Africa' (1980) *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* 671 677-678 hieroor.

²¹1930 AD 484.

²²28 & 29 Victo c 63 (1865).

²³22 Geo V c 4 (1931).

²⁴Om alle twyfel oor die soewereiniteit van die Suid-Afrikaanse parlement uit die weg te ruim, is die bepalings van die Statuut in die Wet op die Status van die Unie 69 van 1934 weerspieël.

²⁵12 van 1936.

met die voorgeskrewe tweederdemeerderheid aangeneem.²⁶ 'n Swart kieser het daarna die geldigheid van dié wet betwis. In *Ndlwana v Hofmeyr*²⁷ is die aansoek egter van die hand gewys. Sonder enige verwysing na *Ndobe* het die hof daarop gewys dat mits die voorgeskrewe vereistes nagekom word, die parlement enige prosedure na goeddunke kan aanneem. Waarnemende hoofregter Stratford het ook terselfdertyd die kontoere van 'n toekomstige wetsuitlegdogma vasgelê:

Parliament's will, therefore, as expressed in an Act of Parliament cannot now in this country, as it cannot be in England, be questioned by a Court of Law whose function it is to enforce that will, not to question it.²⁸

In 1936 het die Appèlhof dus (binne die raamwerk van die Westminsterstelsel en die soewereiniteit van die parlement) die beginsels van regspositivisme en bedoeling-inteks baie uitdruklik op 'staatsregtelike wetsuitleg' van toepassing gemaak.

(b) Tydelike 'aktivisme': die *Harris-sake* en *Collins*²⁹

Die volgende episode van 'staatsregtelike wetsuitleg' het ook artikel 35 en die 'nie-blanke' stemreg betrek. Hierdie gebeure het nie net die regbank se toetsingsreg ten opsigte van die inhoud van parlementêre wetgewing 'n finale nekslag toegedien nie, maar in die proses ook 'n skandvlek op die aard van die Suid-Afrikaanse demokrasie gebring. Tog het hierdie opflikkering van 'regterlike aktivisme' sekere beginsels rakende die regbank se rol in 'n demokratiese bestel neergelê wat steeds onder 'n oppermagtige grondwet geldig is.

Vyftien jaar na *Ndlwana v Hofmeyr* was die Nasionale Party aan bewind. As logiese uitvloeisel van die beleid van apartheid, is die Wet op die Afsonderlike Verteenwoor-

²⁶Sien **Wiechers** (1981) 307 en **Carpenter** (1987) 141-145 tov die meningsverskil oor die voortbestaan van die vereiste tweederdemeerderheid ná 1931.

²⁷1937 AD 229.

²⁸Op 237 van die verslag.

²⁹Vir volledige besprekings van die staatsregtelike implikasies van die konstitusionele krisis in die vyftigerjare, sien oa **Wiechers** (1981) 311-319; **Carpenter** (1987) 260-266; **Basson & Viljoen** (1988) 180-183 (asook alle bronne in dié verwysings aangehaal); **McWhinney E** 'Court versus legislature in the Union of South Africa: the assertion of a right of judicial review' (1953) 31 *Canadian Bar Review* 692ff, **Griswold EN** 'The "coloured vote case" in South Africa' (1952) 65 *Harv LR* 1361ff, **Griswold EN** 'The demise of the High Court of Parliament in South Africa' (1953) 66 *Harvard LR* 864ff.

diging van Kiesers³⁰ aangeneem om die 'Kleurlinge' van die kieserslys te verwyder. Dié wet is op die normale wyse aanvaar. Eerstens het die Nasionale Party nie 'n tweederdemeerderheid in die parlement gehad nie, en tweedens het die beslissing in *Ndlwana v Hofmeyr* daarop gedui dat die parlement ná die Statuut van Westminster ten volle soewerein was.

Vier Kleurlingkiesers het egter die hof genader om die wetgewing ongeldig te verklaar. Die Kaapse Provinsiale Afdeling het die beslissing in *Ndlwana v Hofmeyr* gevolg en beslis dat Wet 46 van 1951 wel geldig is. By appèl het die Appèlhof in *Harris v Minister of the Interior*³¹ die beslissing van die hof *a quo* omvergewerp en beslis dat Wet 46 van 1951 ongeldig is. In die proses het die hof homself nie gebonde geag aan die uitspraak in *Ndlwana v Hofmeyr* nie.³² Al die staatsregtelike implikasies van dié beslissing kan nie volledig hier bespreek word nie, maar die volgende aspekte is nietemin belangrik vir wets- en grondwetuitleg:

- Die Zuid-Afrika Wet is minstens as die formele *grundnorm* van die Suid-Afrikaanse staatsreg aanvaar.³³ Die geldigheid van wetgewing kan nie net aan die hand van die parlement se soewereiniteit verklaar word nie. Die wetgewer se soewereiniteit is nie absoluut nie, maar is steeds begrens deur die formele prosedurevoorskrifte van die Grondwet.
- Waar regter Kotzé in *Brown v Leyds* sy toetsingsbevoegdheid op die Amerikaanse beslissing in *Marbury v Madison*³⁴ gebaseer het, het die hof in die eerste *Harris*-saak nie aangedui waarop sy toetsingsbevoegdheid gebaseer is nie. Verder het die hof ook nie aangedui of die wet ongeldig was omdat die parlement *ultra vires* opgetree het of omdat dit as maatreël nooit 'n wet geword het nie.³⁵ Die hof het nietemin beslis dat die eksterne beperkings op die wetgewer se bevoegdheid (die *Colonial Laws Validity Act*) deur die Statuut van

³⁰46 van 1951.

³¹1952 2 SA 428 (A), ook bekend as die eerste *Harris*-saak, of die 'Stemreg'-saak.

³²Sien 452B-454D en 471A-472D van die verslag.

³³Nie 'n *grundnorm* as raamwerk van verhewe waardes nie, maar as blote institusionele *power map* (sien hfst 2 hierbo).

³⁴1 Cranch 137, 5 US 87 (1803).

³⁵Wiechers (1981) 313-314.

Westminster verwyder is, maar dat die inherente beperkings (die tweederde-meerderheid tov die verskanste bepalings) steeds van krag is.³⁶

- Soos **Wiechers**³⁷ tereg opmerk, het die uitspraak 'n sterk regspositivistiese inslag, aangesien dit nie aard van die wetgewer se bevoegdhede bevraagteken het nie, maar wel die wyse waarop die parlement as kollektiewe liggaam (Volksraad en Senaat) hierdie bevoegdhede uitgeoefen het. Alhoewel die bevoegdheid om die formele geldigheid van wetgewing te toets by implikasie erken is, was die materiële geldigheid van die wetgewing nie ter sprake nie. **Van Wyk**³⁸ is van mening dat

[t]he Court, in declaring an Act invalid, was not controlling the legislature, but was merely 'exercising a duty which it owes to persons whose rights are entrenched by Statute'. To put it in another way, the court did not regard itself as possessing a 'testing power' in the true sense of the word. From this the general conclusion can be drawn that whatever its attitude towards entrenched rights in the South Africa Act, a South African court would not be prepared to go into the question of the reasonableness or the wisdom or policy of an Act of Parliament.

Die uitspraak openbaar tog 'n mate van gevoeligheid vir regte wat in die Grondwet gewaarborg is, deur die hof se bereidwilligheid om sy regsplig (*duty*), naamlik die beskerming van daardie regte wat in die grondwet verskans is, na te kom.³⁹

- Die hof het die bekende misstandsreël (*mischief rule*) gebruik om die 'misstand' wat tot die Statuut van Westminster gelei het, te identifiseer. Volgens die hof was hierdie misstand die Britse Parlement se soewereiniteit ten opsigte van die vrygewestes.⁴⁰

Die regering was nie gediend met hierdie bevestiging van die regbank se onafhanklik-

³⁶Op 461C-E en 464A-D van die verslag.

³⁷**Wiechers** (1981) 313. Sien ook **McWhinney** (1953) 692ff hieroor.

³⁸**Van Wyk** (1980b) 679.

³⁹Centlivres HR op 456F-G van die verslag.

⁴⁰Op 459F-460A van die verslag. Die feit dat die 'onbillike' doel van Wet 46 van 1951 (die verwydering van die 'Kleurlinge' van die kieserslys) nie die wet ongeldig gemaak het nie, versterk dus Mureinik se kritiek op doeldienende uitleg (sien hfst 3 hierbo): doeldienende uitleg mag 'n onbillike doel nastreef, en in die proses geregtigheid ignoreer. Vergelyk dit met Schreiner AR se minderheidsuitspraak (hieronder bespreek) in *Collins v Minister of the Interior* [nt 19 hierbo], waarin die onbehoorlike motief en doel agter die vergrote Senaat wel 'n deurslaggewende rol gespeel het. Sien ook **McWhinney** (1952) 714 se opmerking dat die hof bloot die beginsels van gewone wetsuitleg gebruik het. Streng gesproke was dit korrek, want die Zuid-Afrika Wet was nie 'n oppermagtige grondwet met verhewe regskrag nie.

heid nie. Aangesien die regering steeds nie 'n tweederdemeerderheid in die Parlement gehad het nie, is die Wet op die Hoë Hof van Parlement⁴¹ kort na die eerste *Harris*-beslissing aangeneem, wat die instelling van 'n 'Hoë Hof van die Parlement' beoog het. Indien die Appèlhof 'n parlements wet ongeldig verklaar het, kon 'n minister dan hierdie sogenaamde 'hof' (bestaande uit die Volksraad en Senaat in gesamentlike sitting) nader om die ongeldigheidsverklaring te hersien. Soos te verwagte het dié liggaam (Parlement-as-'hoë hof') die beslissing in die eerste *Harris*-saak 'hersien' en besluit dat dieselfde liggaam (Parlement-as-wetgewer) die beskermde bepalings van die Grondwet by wyse van gewone meerderheid mag wysig. Gevolglik is besluit dat die Wet op Afsonderlike Verteenwoordiging van Kiesers geldig was. Die konstitusionele krisis het selfs groter afmetings begin aanneem. Die applikante in die eerste *Harris*-saak het onmiddellik die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof genader om die Wet op die Hoë Hof van die Parlement ongeldig te laat verklaar. Dié aansoek het geslaag, maar die regering het onmiddellik teen die beslissing geappelleer. In *Minister of the Interior v Harris*⁴² is die appèl van die hand gewys. Hierdie uitspraak het nie net tot die verdere verskuiwing van die politieke doelpale deur die regering aanleiding gegee nie, maar tog ook bepaalde beginsels oor konstitusionalisme en grondwetuitleg neergelê wat steeds geldig is:

- Die tweede *Harris*-uitspraak het weer die beginsel dat die Grondwet die *grundnorm* van die Parlement se bevoegdhede is, beklemtoon. Al is die Parlement soewerein, word daardie wetgewende soewereiniteit aan die Grondwet ontleen. Appèlregter van den Heever het hierdie beginsel as volg uitgedruk:

The fact remains that the South Africa Act is our constitution and apart from that constitution there are no organs of state and no powers ... If nevertheless Parliament as ordinarily constituted assumes the power to alter the Cape franchise, its act would have no greater validity than if the City Council of Bloemfontein had presumed to do so.⁴³

Kortom, die soewereine Parlement se wetgewende bevoegdhede is ontleen aan

⁴¹35 van 1952.

⁴²1952 4 SA 769 (A), ook bekend as die tweede *Harris*-saak, of die 'Hoë Hof van die Parlement'-saak.

⁴³Op 791A-F. Sien ook **Griswold** (1952) 1369, waar hy dieselfde beginsel as volg saamvat: 'Apart from the South Africa Act, the group of persons assembled as the Parliament of the Union has no more standing than a church convention or a political rally. Thus, the powers exercised by that body acting under the South Africa Act should be subject to the limitations imposed by the Act.'

en beperk deur die formele *power map* van die Zuid-Afrika Wet as 'n (nominale) grondwet. Alhoewel die grondwetlike beperkings op die soewereine wetgewer se bevoegdhede beperk is, beteken dit nie dat dit minder regsrag het nie.⁴⁴

- Alhoewel die Zuid-Afrika Wet nie 'n oppermagtige grondwet was nie,⁴⁵ het die hof verder as net die formele prosedure-voorskrifte gekyk en by implikasie ook 'n materiële 'toetsingsreg' uitgeoefen: die hof se plig om die individu se regte te beskerm, is herbevestig.⁴⁶ Soos **Van Wyk** dit stel, die was hof bereid om verder as die blote nakoming van formele wetgewende prosedures te kyk:⁴⁷

It may even be said that the true basis of the court's judgment did not lie in its finding about the mistaken procedure, but in its implied finding that the way in which the matter was handled by Parliament did not meet the standards of fairness.

- Aangesien die betrokke regte van die individu uitdruklik beskerm was en die hof 'n regsplig gehad het om hulle te beskerm, is 'n onbuigsame, letterlike metode van wetsuitleg deur die hof verwerp:

[A] court would not be doing its duty if, by *mechanical adherence to words*, it allowed the patent intention of the constituent legislature to be defeated and the rights of subjects to be proscribed.⁴⁸

- Die uitspraak het gevolg gegee aan die leerstuk van skeiding van magte: eerstens; die hof se onafhanklikheid is beklemtoon, aangesien die reg om die voorgeskrewe prosedurevereistes in die Grondwet te toets, deur 'n judisiële liggaam uitgeoefen moet word,⁴⁹ en tweedens; die regbank het 'n plig om daardie regte van die individu wat in die Grondwet verskans is, te beskerm.⁵⁰ Die Grondwet het nie self uitdruklik bepaal hóé die vraagstuk van geldigheid opgelos moes word nie, en daarom is aanvaar dat hierdie taak by implikasie aan die regbank opgedra is.⁵¹

⁴⁴Griswold (1953) 870.

⁴⁵Sien bv **Wiechers** (1981) 314 nt 78, waar hy opmerk dat dit nie beteken dat die Zuid-Afrika Wet nie daardeur die karakter van 'n 'onbuigsame en meerderwaardige superwet' verkry het nie, maar omdat die verskanste bepalings meerdere regsrag het, het hulle 'n *grundnorm*-element in die grondwet toegevoeg.

⁴⁶Op 779E. Sien ook **Wiechers** (1981) 316.

⁴⁷**Van Wyk** (1980b) 680.

⁴⁸Van den Heever AR op 794A. My kursivering.

⁴⁹Van den Heever AR op 792A-E.

⁵⁰Schreiner AR op 788F-H.

⁵¹Schreiner AR op 787F-G. Só 'n afgeleide toetsingsreg is dus soortgelyk aan dié in *Marbury v Madison* [nt 34 hierbo]. Sien ook **Carpenter** (1987) 265 nt 62.

Die *trias politica*-leerstuk het egter kort hierna (oa agv 'n letterlike toepassing van die *ius dicere*-reël) juis daartoe bygedra dat die regbank se plig om individuele regte te beskerm, al hoe meer deur die soewereiniteit van die wetgewer op die agtergrond gestoot is. Die Suid-Afrikaanse regering het steeds nie 'n tweederdemeerderheid in die Parlement gehad om die Kleurlingkiesers van die kierserslys te verwyder nie. Om die prosessuele beperkings te omseil, is drie wetsontwerpe kort na mekaar aanvaar: die Wet op die Korum van die Appèlhof⁵² (wat die Appèlafdeling van die Hooggeregshof na elf regters vergroot het, en vereis het dat die volle bank in die toekoms oor die geldigheid van parlamentswette sou besluit); die Senaatwet⁵³ (wat voorsiening gemaak het vir die vergroting van die Senaat van 49 na 87 lede, en wat aan die regering die vereiste tweederdemeerderheid in die Parlement sou verskaf het); en die Wysigingswet op die Zuid-Afrika Wet⁵⁴ (waarvolgens geen geregshof by magte is om die geldigheid van enige parlamentswet te ondersoek nie, behalwe in gevalle waar die verskanste bepalings in die Grondwet ter sprake is). Die nuwe vergrote Senaat was genoeg om aan die voorskrifte van die verskanste bepalings van die Grondwet te voldoen: met die vereiste tweederdemeerderheid in die Parlement is die Wet op die Afsonderlike Verteenwoordiging van Kiesers⁵⁵ aanvaar én die verskanste stemregbepaling herroep. Hierop het 'n 'Kleurling'-kieser aansoek gedoen om die Senaatwet van 1955 ongeldig te laat verklaar, omdat dit die grondwetlike waarborge in artikels 35 en 152 van die Grondwet uit die weg geruim het en ten doel gehad het om die 'Kleurling'-kiesers van die gemeenskaplike kieserslys te verwyder. In *Collins v Minister of the Interior*⁵⁶ het die vergrote Appèlhof met 'n 10-teen-een meerderheid die aansoek van die hand gewys en beslis dat die Senaatwet wel geldig is. Die meerderheid van die hof het op regspositivistiese trant bevind dat die Parlement te enige tyd sy eie samestelling kan verander. Alhoewel dit duidelik was watter politieke oogmerke agter die vergroting van die Senaat gelê het, is dit nie die taak van die regbank om die wysheid van hierdie beleidsaspekte te bevraagteken nie.⁵⁷

⁵²27 van 1955.

⁵³53 van 1955.

⁵⁴9 van 1955.

⁵⁵46 van 1951.

⁵⁶[Nt 19 hierbo]. Ook bekend as die 'Senaatsaak'.

⁵⁷Centlivres HR op 564F-G en 565C-D.

Dit is enigsins ironies dat, alhoewel hierdie meerderheidsbeslissing die einde van enige toekomstige materiële grondwetlike toetsing beteken het, appèlregter Schreiner⁵⁸ se minderheidsuitspraak sekere fundamentele rigtingwysers vir toekomstige wets- en grondwetuitleg bevat het:

- Die kern van Schreiner AR se argument is dat die vergrote Senaat 'n *ad hoc* liggaam was, wat nie die verskanste bepalings van die Zuid-Afrika Wet kon wysig nie. Die doel met die vergrote Senaat was die omseiling van die tweederdemeerderheidvereiste ten opsigte van regte wat in die Grondwet verskans is. Die beweegrede agter die vergrote Senaat was dus relevant:

Where ... there is a legislative plan to do indirectly what the legislature has no power to do directly, the position is different; in such cases the plan and the purpose may be crucial to validity.⁵⁹

As sodanig was die Senaat dus nie 'n Senaat soos in die Grondwet beoog nie. Soos **Wiechers**⁶⁰ aantoon, het die Schreineruitspraak die fokus geplaas op die fundamentele kwessie van onveranderbare grondwetlike beginsels wat bó die grondwetteks staan. Hierdie *supra-constitutional laws* is daardie beginsels wat die wese van die demokratiese staat vorm. Een daarvan is die beginsel wat die misbruik en manipulasie van demokratiese instellings deur 'n parlementêre meerderheid verbied.⁶¹

If an *ad hoc* Senate could be validly created, so could an *ad hoc* House of Assembly.

Met ander woorde, selfs vir 'n soewereine wetgewer is daar 'n bevoegdheidsgrens wat nie oorgesteek mag word nie. 'n Eensydige verandering van die grondslae en wese van die demokratiese staat deur die 'spelreëls' te wysig, is ongeldig, want in die proses word ander demokratiese instellings ondermyn, en verwoes. Wetgewing en optrede wat op die aantasting van die fundamentele wese van die demokratiese staat gemik is, is streng gesproke *ultra vires*.⁶²

⁵⁸Sien hfst 3 hierbo mbt Schreiner AR se belangwekkende minderheidsuitspraak in *Jaga v Dönges* 1950 4 SA 653 (A), waarin hy die balans tussen teks en konteks tydens wetsuitleg beklemtoon het.

⁵⁹Schreiner AR op 577B van die verslag.

⁶⁰**Wiechers** (1985a) 383ff.

⁶¹Schreiner AR op 571G-H van die verslag.

⁶²Hierdie uitgangspunt vind ook aansluiting by die idee van die *Streitbare demokratie* (hfst 2 hierbo), waarvolgens sekere kernwaardes 'n vrye demokratiese orde stut en wat nie aangetas mag word nie;

- Alhoewel appèlregter Schreiner se wetsuitlegmetodiek met die eerste oogopslag na die tradisionele *plain meaning*-benadering lyk, word die gewone betekenis van die teks nogtans teen die agtergrond van die konteks ondersoek:

[I]t may not be superfluous to remind oneself that while, where the meaning of the language is plain, effect must be given to it, regardless of the consequences, the plainness of the meaning is not established by showing that each word seems to be a well-known word to which the ordinary man would readily apply a meaning. The subject matter and the setting or context are often of crucial importance.⁶³

Die afleiding kan natuurlik gemaak word dat hierdie konteks noodwendig sekere fundamentele demokratiese waardes insluit, wat daartoe gelei het dat hierdie wetsuitlegmetode by implikasie 'n teleologiese (waardebaserde) komponent ingesluit het:

The validity of what Parliament did in passing the Senate Act is in my view closely related to the purpose with which it was done.⁶⁴

Afgesien van die rol wat die twee *Harris*-sake en *Collins* ten opsigte van die ontwikkeling van die breër Suid-Afrikaanse staatsregteorie gespeel het, is sekere beginsels wat grondwetuitleg ten nouste raak, ook beklemtoon:

- Die belangrikste hiervan is die erkenning (ten minste deur een regter) dat selfs 'n nominale konstitusie binne 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit voorafgegaan en onderskraag word deur 'n stel onveranderbare en fundamentele demokratiese waardes. Alhoewel hierdie 'ongeskrewe' grondwetlike beginsels hoegenaamd nie die soewereiniteit van die parlement in die afwesigheid van 'n oppermagtige grondwet kan troef nie, verteenwoordig dit tog 'n materiële drumpel wat 'n soewereine wetgewer binne 'n demokratiese staat nié mag oorstek nie. In hierdie verband wys **Wiechers**⁶⁵ heel tereg daarop dat appèlregter Schreiner in die proses die doelstelling van konstitusionalisme (en dus die materiële regstaat) ondersteun het.

asook Dworkin se uitgangspunt van *law as integrity* (sien hfst 3 hierbo), nl die regstelsel as 'n ordelike stel politieke en morele waardes wat as die regverdiging vir politieke magsuitoefening dien.

⁶³Schreiner AR op 571H-572A van die verslag.

⁶⁴Schreiner AR op 579G-H van die verslag.

⁶⁵**Wiechers** (1985a) 392.

- Die drie uitsprake het duidelik getoon dat die regbank 'n regsplig het om die regte van die individu te beskerm, selfs binne die eng parameters wat deur parlementêre soewereiniteit toegelaat word.

Ongelukkig het beide hierdie beginsels toenemend voor die aanslag van 'n soewereine wetgewer geswig. In dié verband het die tradisionele wetsuitlegmetode in Suid-Afrika⁶⁶ ook 'n bydraende rol gespeel: 'n letterknegtelike soeke na die soewereine wetgewer se 'bedoeling-in-teks', en die onbuigsame toepassing van die *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël, het meegebring dat die howe die soewereine wetgewer se duidelike wilsuiking op 'n meganiese en *regardless-of-the-consequences* wyse toegepas het. **Van Wyk** beskryf die gevolge van die vyftigerjare se konstitusionele krisis as volg:

The effect of that 'crisis' can still be felt today, especially in the field of human rights in South Africa. This should not be taken to imply that the courts are shirking their duty in this regard. The feeling can nevertheless barely be escaped that the courts became somewhat inhibited after the constitutional crisis.⁶⁷

Met hierdie 'versigtige' standpunt kan ongelukkig nie ongekwalifiseerd saamgestem word nie: die howe was wel geïnhibeerd, en dit het juis daartoe aanleiding gegee dat die regbank veral in die tagtigerjare sy plig om die regte van die individu te beskerm, versaak het. In watter mate hierdie passiewe rol van die regbank aan 'n wisselwerking tussen regspositivisme en persoonlike ideologiese (*executive-minded*) oorwegings toegeskryf moet word, kan nie in die bestek van hierdie ondersoek beantwoord word nie. Dit is inderdaad waar dat die tydperk vanaf die konstitusionele krisis van die vyftigerjare tot en met die inwerkingtreding van die oppermagtige grondwet in 1994 daartoe gelei het dat die regbank 'n toenemende gebrek aan legitimiteit ondervind het. Dit is gevolglik juis hierdie gebrek aan vertroue in die regbank en die regstelsel wat steeds die ontwikkeling van 'n nuwe *rights culture* in Suid-Afrika kortwiek.

⁶⁶Sien hfst 3 hierbo.

⁶⁷Van Wyk (1980b) 678.

(c) Die finale nekslag: *Mpangele* en *Nasopie*

Die toetsingsreg van parlementêre wetgewing wat (veral) die Appèlhof homself in die vyftigerjare toegeëien het, was nie net beperk tot die wetgewingsprosedure nie, maar ook van korte duur. Reeds in 1956 is die Zuid-Afrika Wet gewysig om die howe se 'toetsingsreg' van wetgewing te beperk tot die prosedure rondom die verskanste bepalings in die Grondwet. Met die totstandkoming van die Republiek van Suid-Afrika in 1961 is hierdie bepaling as artikel 59(2) in die 1961-Grondwet geïnkorporeer (met arts 108 en 118 die verskanste bepalings). Die vraag het nou ontstaan of die howe se toetsingsreg ten opsigte van die Parlement se wetgewende prosedure (die sg *manner and form*-vereistes) op alle bepalings van die Grondwet, of net die verskanste bepalings, van toepassing was?

As algemene reël is bepaal dat die howe hulle nie oor die soewereiniteit van die wetgewer sal uitspreek nie.⁶⁸ Indien dit gaan oor die vraag of die Parlement wel gespreek het (dws, as parlement opgetree het), sou die howe hulle wel oor die geldigheid van so 'n bepaling kon uitspreek, aangesien daar streng gesproke geen maatreël tot stand gekom het nie: die uitsluiting van die toetsingsbevoegdheid in artikel 59(2) was dus nie ter sprake nie.⁶⁹ Wat alles tot gevolg sou hê dat die Parlement werklik 'gespreek' het of nie, was egter onduidelik.

Die *manner and form*-vraagstuk het ten opsigte van artikel 114 van die 1961-Grondwet ter sprake gekom. Artikel 114(a) het bepaal dat indien die Parlement die grense van enige van die provinsies wil wysig, voorafgaande petisies hieroor eers van die betrokke provinsiale raad ingewin moet word. Hierdie bepaling is veral geïgnoreer met die oordrag van grond tydens die konsolidasie van die toenmalige tuislande.

⁶⁸Sien bv Steyn HR in *S v Tuhadeleni* 1969 1 SA 153 (A) op 172:

'If the courts are to be the guardians of [its] legislative observance, they would to be arbiters of the policies pursued. That is not the function of the courts. Where the subject matter is within the competence of the lawgiver, our Courts will not sit in judgment on matters of policy.'

⁶⁹Wiechers (1981) 320.

In *Cowburn v Nasopie (Edms) Bpk*⁷⁰ het regter Van den Heever in 'n bekende *obiter dictum* haar bedenkinge uitgespreek oor die uitgangspunt dat die Parlement nie deur artikel 114 gebind is nie:

Dit kan betoog word dat vir solank as wat die Parlement artikel 114 ongewysig laat, is hy gebonde aan die reëls wat hy self bepaal het en sou dit ook die howe vrystaan, ondanks die bepalings van artikel 59(2), om te beslis in gepaste omstandighede (en op aansoek van die gepaste reghebbende) dat vanweë verontagsaming van artikel 114 'n stuk wetgewing ongeldig mag wees. Sou 'n gewone meerderheid van die Parlement ... besluit dat alle toekomstige verkiesings afgeskaf word en dat die Staatspresident voortaan 'n lewenslange en oorerflik amp met onbegrensde wetgewende, uitvoerende en regspreekende mag sal wees, sou daar geen twyfel daaromtrent wees dat die hof so 'n 'wet' sou kon ongeldig verklaar nie.⁷¹

Hierdie uitgangspunt vind aansluiting by die minderheidsuitspraak in die *Collins*-saak, aangesien daar gefokus word op die fundamentele aard en wese van die demokratiese staat. Die standpunt was net *obiter*, en kort daarna is hierdie kommer oor die rol van die wetgewer in 'n demokrasie vervang deur 'n blindelingse vertrouwe in die soewereiniteit van die Parlement.

In *Mpangele v Botha (1)*⁷² (waarin twee inwoners van die toenmalige Ciskei aansoek gedoen het om 'n verklarende bevel dat artikel 114(a) van die 1961-Grondwet die regering verbied om die grense van die Kaapprovinsie sonder die voorgeskrewe petisie te verander), het dieselfde regter die aansoek van die hand gewys. Die hof beslis dat daar onderskei moet word tussen beperkings in die verskanste bepalings (ten opsigte waarvan die howe 'n toetsingsreg het), en voorskrifte in ander nie-verskanste bepalings (soos art 114) wat bloot aan die kontroles van die politieke proses onderhewig is.⁷³

Hierdie beslissing is in *Mpangele v Botha (2)*⁷⁴ gehandhaaf. Aangesien artikel 114 nie 'n verskanste bepaling is nie, volg dit dat die artikel dus ook by noodwendige implikasie stilswyend gewysig of herroep kan word deur die aanname van 'n bepaling wat

⁷⁰1980 2 SA 547 (Nk).

⁷¹Op 554H van die verslag.

⁷²1982 3 SA 633 (K).

⁷³Op 637F van die verslag sê die regter (met 'n aanhaling uit die *Collins*-saak op 566F) dat die nie-verskanste bepalings

'depend for their observance on good faith, the electorate or public opinion.'

⁷⁴1982 3 SA 638 (K).

daarmee teenstrydig is. Indien die Parlement gebonde moes wees aan die *manner and form*-beperkings in artikel 114, sou dit neerkom op 'n bespotting (*mockery*) van die Parlement se soewereiniteit.⁷⁵ Die benadering van die howe was dus kort en kragtig: as 'n bepaling in die 1961-Grondwet nie verskans is nie, het die howe geen toetsingsreg oor die geldigheid daarvan nie.⁷⁶

Wat wetsuitleg betref: in die *Mpangele*-beslissings het die hof die beginsels van parlementêre soewereiniteit as uitgangspunt aanvaar (selfs die tradisionele *plain meaning* van art 114 is deur die idee van 'n soewereine wetgewer getroef!). Die implikasies daarvan op die wese van die demokratiese staat was nie (soos deur Schreiner AR in die *Collins*-saak) in ag geneem nie. **Van der Vyver**⁷⁷ wys daarop dat 'n maatreël wat nie op die voorgeskrewe wyse aangeneem is nie (*duly passed*), nie 'n wet van die Parlement is nie.⁷⁸ Die Parlement het nie gespreek nie, want die voorgeskrewe prosedure is nie nagekom nie en die maatreël is dus nie 'n geldige wet van die Parlement nie. Gevolglik was die uitlegreël *lex posterior derogat priori*⁷⁹ nie van toepassing nie, want daar was geen latere wet wat die vroeëre kon troef nie.

Die onduidelikheid rondom die howe se reg om die geldigheid van Parlementêre wette in die lig van die *manner and form*-vereistes te toets, is deur artikel 34(2) van die 1983-Grondwet uit die weg geruim. Artikel 34(2) het bepaal dat die howe wel die geldigheid van Parlementêre wetgewing aan die hand van die prosedurevereistes wat in die Grondwet vervat is, kon toets. Hierdie toetsingsreg het die talle verskanste bepalings,⁸⁰

⁷⁵Op 641E van die verslag.

⁷⁶Die kwessie rondom art 114 van die 1961-Grondwet het tot meningsverskil onder akademici aanleiding gegee. Sien bv **Schmidt CWH** 'Section 114 of the Constitution and the sovereignty of Parliament' (1962) *SALJ* 315ff wat gemeen het dat art 114 nie binne die *manner and form* beperkings geval het nie, terwyl **Barrie G** 'Die gebondenheid van die Parlement aan die reg rakende sy struktuur en funksionering' (1981) *TSAR* 46ff en **Van der Vyver JD** 'The section 114 controversy and governmental anarchy' (1980) *SALJ* 363ff van mening was dat art 114 wel die Parlement gebind het.

⁷⁷**Van der Vyver** (1980) 369.

⁷⁸**Barrie** (1981) 55 wys daarop wys dat parlementêre soewereiniteit slegs verwys na die bevoegdehede van die wetgewer, en nie na die manier waarop daardie bevoegdehede uitgeoefen moet word nie.

⁷⁹Indien twee wetsbepalings onversoenbaar teenstrydig is, word die vroeëre bepaling by implikasie deur die latere herroep. Sien oa **Devenish** (1992) 283-286 en **Steyn** (1981) 188-191 hieroor.

⁸⁰Meeste hiervan het op die struktuur van die drie-kamer parlement betrekking gehad. Sien **Carpenter** (1987) 349-353 hieroor.

sowel as die onverskanste bepalings, ingesluit. Die 1983-Grondwet was egter nie 'n oppermagtige grondwet nie: die beginsel van parlementêre soewereiniteit het grootliks bly voortbestaan⁸¹ en die regbank het steeds nie 'n toetsingsreg oor die materiële inhoud van Parlementêre wetgewing gehad nie.

(d) **Ekskursus: Die Appèlhof en die 'totale aanslag'**

In hierdie afdeling sal die benadering van die Appèlhof ten opsigte van fundamentele regte tydens die noodtoestand⁸² gedurende die tagtigerjare kortliks⁸³ aangestip word. Slegs 'n paar beslissings sal bespreek word om die invloed van die noodregulasies op die rol van die Appèlhof as beskermmer van individuele regte in perspektief te plaas.

Hierdie ekskursus behels nie 'n bespreking van 'staatsregtelike wetsuitleg' nie, maar 'gewone' wetsuitleg. Die aantal beslissings wat ondersoek sal word, hoort streng gesproke by die administratiefreg tuis,⁸⁴ aangesien hulle oor die howe se 'toetsingsreg' van die uitvoerende gesag se handeling (veral die *ouster clauses* in die noodregulasies) gaan. Met ander woorde, alhoewel geregtelike hersiening (dws *judicial review* in die enger sin van die woord) deur die Appèlhof ter sprake is, is dit nietemin aanduidend van die regbank se rol as beskermmer van die individu se regte. Gevolglik

⁸¹Een van die veranderings wat die 1983-Grondwet tov parlementêre soewereiniteit teweeggebring het, was die Staatspresident se uitsluitlike diskresie ig art 16(1) om te besluit of 'n aangeleentheid 'n 'eie' of 'algemene' saak is. Hierdie diskresie was onderhewig aan sekere voorgeskrewe prosedurevereistes (arts 17(2) en 19(1)), maar nie aan die howe se toetsingsreg nie. Sien oa **Carpenter** (1987) 301-303 en 310; **Van der Vyver JD** (1986) 'Judicial review under the new constitution' *SALJ* 236-238 hieroor.

⁸²'Noodtoestand' verwys na die verskeie noodtoestande wat gedurende die tagtigerjare ingevolge art 2(1) van die Wet op Openbare Veiligheid 3 van 1953 deur die Staatspresident afgekondig is: die gedeeltelike noodtoestand van Julie 1985, en die landswye noodtoestande van Junie 1986 en Junie 1987. Al drie die noodtoestande is gekenmerk deur ingrypende noodregulasies wat ingevolge art 3(1) van die Wet op Openbare Veiligheid gepromulgeer is.

⁸³Vir volledige kritiese ontledings van die rol van die regbank tydens die noodtoestand, sien oa **Haysom N & Plasket C** 'The war against law: judicial activism and the Appellate Division' (1988) *SAJHR* 303ff; **Mureinik E** 'Pursuing principle: the Appellate Division and review under the state of emergency' (1989) *SAJHR* 60ff; **Basson D** 'Judicial activism in a state of emergency: an examination of recent decisions of the South African courts' (1987) *SAJHR* 28ff; **Cameron** (1987) 338ff; **Kruger TJ** 'Die regbank, die noodtoestand en fundamentele regte' (1988) *SAPR/PL* 181ff; **Basson & Viljoen** (1988) 263-282; **Grogan J** 'The Appellate Division and the emergency: another step backwards' (1989) *SALJ* 14ff.

⁸⁴Sien oa **Davis D & Corder H** 'A long march: administrative law in the Appellate Division' (1988) *SAJHR* 281ff hieroor.

sal die klem op die Appèlhof se ongevoeligheid jeens fundamentele regte tydens die noodtoestand, asook die oorwegend tradisionele metode van wetsuitleg, geplaas word.

In *In re Willem Kok & Nathaniel Balie*⁸⁵ het hoofregter De Villiers die volgende beroemde stelling gemaak:

The disturbed state of the country ought not, in my opinion, to influence the Court, for its *first and sacred duty is to administer justice to those who seek it* and not to preserve the peace of the country.

Meer onlangs het regter Berman hierdie funksie van die regbank as volg in *UDF (Western Cape Region) v Van der Westhuizen*⁸⁶ omskryf:

Put simply and to resort to modern idiom, where it is sought to curtail, in troubled times, the exercise of the fundamental rights of free men, the function of the Court is to act as watch-dog and not as lap-dog.

Dit is egter juis 'n meganiese *His Master's Voice*-benadering (om maar net die wil van die wetgewer en in die geval van die noodregulasies, die wil van die uitvoerende gesag-as-wetgewer) te vind en in die meerderheid van hierdie Appèlhofbeslissings toe te pas, wat twyfel oor die vermoë van die Suid-Afrikaanse regbank om die eiesoortige eise van 'n fundamentele regtebedeling te kan hanteer, laat ontstaan het. In watter mate die tradisionele wetsuitlegmetode ('n kombinasie van regspositivisme, parlementêre soewereiniteit, die *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël, die *plain meaning*-benadering, asook die beginsel van *salus republicae suprema lex*)⁸⁷ hand aan hand gegaan het met die heersende ideologiese *inarticulate premiss* om die politieke *status quo* te handhaaf, kan nie (en gaan nie) hier ondersoek word nie.

Kruger⁸⁸ wys daarop dat die regbank se benadering gedurende die 'totale aanslag' teen die agtergrond van die politieke atmosfeer van die tagtigerjare beskou moet word. Dit moet in gedagte gehou word dat dit 'n 'wit' regbank was, wat vir alle praktiese doeleindes 'n 'blanke' wetgewer se wetgewing op die meerderheid van die bevolking

⁸⁵1879 Buch 45 66 (my kursivering).

⁸⁶1987 4 SA 926 (K) 929E-F.

⁸⁷Sien oa **Devenish** (1992) 221-222 in dié verband.

⁸⁸**Kruger** (1988) 181.

toegepas het. Die howe het hier voor 'n fundamentele spanning te staan gekom: wet en orde teenoor die geregtigheidsbegrip (dws *the law as command* teenoor *the law as integrity*). Die huidige President van die Konstitusionele Hof het hierdie juridiese tweeledigheid (*dichotomy*) as volg beskryf:

This attempt to create an apartheid superstructure upon an infrastructure of Roman-Dutch common law called for an almost schizophrenic approach by courts to problem solving. They were at one and the same time being asked to articulate and give effect to equitable common law principles, and to uphold and enforce discriminatory laws: at one time to be an instrument of justice and at another to be an instrument of oppression.⁸⁹

Wat wetsuitleg (Dworkin se *law as interpretive activity*) betref, is die regbank (en veral die Appèlhof) gevolglik voor 'n keuse tussen 'n teleologiese (*value-coherent*) metodiek en die formalistiese letterlike-*cum*-bedoelingsbenadering gestel.

Ten spyte van die Appèlhof se klaarblyklike *executive minded*-benadering, was daar desnieteenstaande voorbeelde van geregtigheidsgerigte beslissings, wat aan die begin van die noodtoestand tot 'n aanvanklike optimisme onder akademici⁹⁰ aanleiding gegee het. In *Nkondo and Gumede v Minister of Law and Order*⁹¹ het die hof beslis dat 'n aangehoudene ingevolge artikel 28 van die Wet op Binnelandse Veiligheid⁹² daarop geregtig is om oor die redes vir die aanhouding ingelig te word. Die Minister van Wet en Orde se blote verklaring op watter een van die statutêre gronde die aanhouding geskied, is egter nie voldoende redes vir die doeleindes van artikel 28 nie. Indien aangehoudenenes nie behoorlik van die redes vir hulle aanhouding (sonder verhoor) in kennis gestel word nie, is die aanhouding ongeldig.⁹³

Die beslissing in *Hurley v Minister of Law and Order*⁹⁴ het aanleiding gegee tot die

⁸⁹Chaskalson A 'Law in a changing society: the past ten years - a balance sheet and some indicators for the future' (1989) *SAJHR* 293 294.

⁹⁰Sien bv Basson (1987) 41:

'The above cases show that the more activist judicial trend that started to emerge in 1985 continues to characterize judicial decision-making.'

Dit moet egter beklemtoon word dat hierdie optimisme in groot mate op beslissings van die verskeie afdelings van die Hooggeregshof gebaseer was. In baie gevalle is hierdie beslissings later by appèl omvergewerp.

⁹¹1986 2 SA 756 (A).

⁹²74 van 1982.

⁹³Carpenter (1987) 118.

⁹⁴1986 3 SA 568 (A)

'Hurley-beginsel'.⁹⁵ Die hof het beslis dat uitsluitingsklousules (*ouster clauses*) nie die hersiening van 'n polisiebeampte se diskresionêre besluit om 'n persoon aan te hou, uitsluit indien die betrokke handeling nie behoorlik ingevolge die magtigende bepaling verrig is nie.⁹⁶ Die hof het ook bevind dat die persoon wat die diskresie uitoefen moet bewys dat daar redelike gronde vir die betrokke handeling was. Gevolglik was die hof in weerwil van die statutêre uitsluitingsklousule, bereid om die geldigheid van die regulasie wat ingevolge artikel 3 van die Wet op Openbare Veiligheid uitgereik is, te ondersoek.

In *Attorney-General, Eastern Cape v Blom*⁹⁷ moes die hof beslis of die prokureur-generaal die *audi alteram partem*-reël moet nakom by weiering van borgtog ingevolge die Wet op Binnelandse Veiligheid. Volgens die hof was die vraag nie of die prokureur-generaal se besluit die vryheid van die individu sal beïnvloed nie, maar of die bedoeling by implikasie afgelei kan word dat die wetgewer die reëls van natuurlike geregtigheid wou uitsluit. Die hof het daarop gewys dat dit tradisioneel die funksie van die hof is om oor borgtog te beslis, maar die besluit van die wetgewer om die beslissing oor borgverlening deur middel van 'n wetsbepaling aan die prokureur-generaal oor te laat, beteken nie noodwendig dat die *audi alteram partem*-reël óók in die proses afgeskaf is nie.⁹⁸

Kort na die afkondiging van die landwyse noodtoestand op 12 Junie 1986 het regter Steyn in sy uitspraak in *Bloem v State President*⁹⁹ 'n ondersteunende verduideliking van die regering se beleid verskaf wat vir baie kommentators na 'n politieke manifest geklink het.¹⁰⁰ Afgesien daarvan dat sy persoonlike politieke gevoelens in die uitspraak na vore gekom het, het hy (en sy twee mederegters) boonop ook beslis dat die noodregulasies wat aangehoudenenes se reg op toegang tot hulle regsverteenwoordigers drasties aan

⁹⁵Devenish (1992) 198. Sien Mureinik (1989) 69-71, asook die bespreking van die UDF-beslissing hieronder.

⁹⁶Op oa 586H-I van die verslag.

⁹⁷1988 4 SA 645 (A).

⁹⁸Op 664C-F en 664G-H van die verslag.

⁹⁹1986 4 SA 1064 (O).

¹⁰⁰Sien veral Cameron (1987) 340-341 se kritiek op die uitspraak, asook Devenish (1992) 167 en 292.

bande gelê het, nie juridies onaanvaarbaar was nie.¹⁰¹ Sy uitspraak (as appèlregter) in *S v Ebrahim*¹⁰² verteenwoordig 'n ommeswaai wat met dié van regter Friedman in Bophuthatswana (sien hieronder) vergelyk kan word.¹⁰³ In die *Ebrahim*-saak het die appellant aangevoer dat die hof nie jurisdiksie het om hom te verhoor nie, aangesien hy vanuit 'n buurstaat ontvoer is en daarna in die Republiek gearresteer is. Die Appèlhof het beslis dat die vraagstuk deur die gemenereg¹⁰⁴ gereël word: dit sluit die reëls van fundamentele regte, goeie betrekkinge tussen state, asook goeie en regverdige regsadministrasie in, benewens daardie beginsels wat die beskerming van die integriteit en waardigheid van die regstelsel beskerm en bevorder. Die Appèlhof het bevind dat die verhoorhof nie jurisdiksie gehad het om die saak te verhoor nie. Beide die skuldigbevinding en die vonnis is ter syde gestel. Veral verblydend is die hof se bereidwilligheid om die beginsels van die Suid-Afrikaanse gemenereg binne die konteks van 'n veranderende gemeenskap te ontwikkel, asook die feit dat die hof 'n wetsuitleg-benadering *in favorem libertatis*¹⁰⁵ gevolg het. **Dugard** se reaksie op die beslissing moet veral binne die raamwerk van geregtigheidsgerigte wetsuitleg en waarde-aktiverende grondwetuitleg gesien word:

Ebrahim is a welcome decision. It is a great judgment which emphasises the importance of respect for fair standards of criminal justice, due process of law, human rights and international law, and warns against abuse of law by the state.¹⁰⁶

Oor die algemeen was die beslissings egter ten gunste van die uitvoerende gesag en die *status quo*. In *State President v Tsenoli; Kerchoff v Minister of Law and Order*¹⁰⁷ moes die hof beslis oor die geldigheid van sekere noodregulasies. Ten opsigte van die vryheid van die individu het hoofregter Rabie die hof se *regardless-of-the-consequences*-benadering as volg opgesom:

¹⁰¹**Benade HJ** 'Omar, staatsveiligheid en geregtelike hersiening: 'n internasionale perspektief' (1990) *SAPR/PL* 169 183 beskryf die *Bloem*-uitspraak as 'n 'ewewigtige kontekstuele beslissing'.

¹⁰²1991 2 SA 553 (A).

¹⁰³Trouens, **Devenish** (1992) 292 verwys na dié ommeswaai as 'n *Pauline conversion*.

¹⁰⁴**Carpenter G** 'Jurisdiction to try abducted persons and the application of international law in South African law' (1990/91) *SAYIL* 133 138 wys daarop dat die hof se uiteensetting van die Romeins-Hollandse reg nie heeltemal oortuigend was nie.

¹⁰⁵**Devenish** (1992) 293.

¹⁰⁶**Dugard J** 'No jurisdiction over abducted persons in Roman-Dutch law' (1991) *SAJHR* 199.

¹⁰⁷1986 4 SA 1150 (A).

As to determining the meaning of a statutory provision which encroaches upon the liberty of the subject, it has often been said that, if the language thereof is uncertain or ambiguous, it should be interpreted in a way which least interferes with the rights of the individual. It is to be noted, however, that such an approach to the task of interpretation is permissible only if the language used by the Legislature is indeed ambiguous or open to doubt. If it is not, the meaning thereof is clear, the Court must give effect thereto, no matter how unfortunate the result may be to those who may be affected by it.¹⁰⁸

Die hof kon nie 'n betekenis aan die bepaling geheg het wat nie deur die woorde daarvan ondersteun is nie. Met ander woorde, die duidelike 'bedoeling-in-teks' (*plain meaning*) moes gevolg word, ten spyte van die onbillike gevolge. **Kruger**¹⁰⁹ wys verder daarop dat die hof ook na ander gesag verwys het wat daarop dui dat die beperking van onbillike wetgewing nie die hof se plig is nie, en dat waardeoordele nie deur die hof in aanmerking geneem moet word nie.

In *Omar v Minister of Law and Order*¹¹⁰ moes die hof beslis oor die geldigheid van 'n noodregulasie wat die toepassing van die *audi alteram partem*-reël uitgesluit het, asook 'n aangehoudene se toegang tot regsverteenvoording beperk het. Die hof het dan ook bevind dat die regulasie ten aansien van beide aspekte wel *intra vires* en geldig is. Onder die voorwendsel van staatsveiligheid het die hof beslis dat alhoewel die reg om aangehoor te word en die reg op regsverteenvoording beide 'n fundamentele reg van die individu is, dit uitdruklik of by noodwendige implikasie deur die noodregulasies weggeneem of beperk kan word.¹¹¹ Weer eens is die tradisionele wetsuitlegmetode gevolg:

Daardeur is bevestig dat parlementêre soewereiniteit as *Grundnorm* van die Suid-Afrikaanse publiekreg onaangetas staan en dat die positivistiese benadering tot wetsuitleg soos dit deur die Appèlhof toegepas word (en gekoppel aan die voormelde *Grundnorm*) die moontlikheid van die vel van 'n waarde-oordeel (oor wetgewing wat deur die hof interpreteer staan te word) totaal uitsluit.¹¹²

¹⁰⁸Op 1175I-1176B van die verslag (my kursivering).

¹⁰⁹**Kruger** (1990) 180.

¹¹⁰1987 3 SA 859 (A).

¹¹¹Op oa 893G en 894H-I van die verslag. Sien Rabie HR se opmerking (op 892A-B van die verslag) dat 'the need to ensure the safety of the public or to maintain public order might necessitate the taking of extraordinary measures which might make drastic inroads into the rights and privileges normally enjoyed by individuals.'

¹¹²**Kruger** (1990) 184. Sien ook **Benade** (1990) 170 se opmerking dat die *Omar*-beslissing 'in ooreenstemming is met beslissings van die groot regsmoondhede se hoogste howe.'

Die feit dat die skrywer *Omar* met die Britse *Spycatcher*-saak vergelyk het, plaas bg opmerking in perspektief: die beperking op 'n persoon (wat sonder verhoor aangehou word) se reg op toegang tot regsverteenvoording kan nouliks met onthullings oor spioene gelyk gestel word.

Dieselfde benadering is ook in *Minister of Law and Order v Dempsey*¹¹³ gevolg. In dié saak is die regmatigheid van 'n arrestasie ingevolge die noodregulasies betwis. Die hof het bevind dat, om die vereiste jurisdisksionele feit daar te stel, die persoon wat die arrestasie uitvoer net hoef aan te dui dat 'n mening oor die noodsaaklikheid vir die uitoefening van die diskresie wel gevorm is. Die bewyslas om aan te toon dat die mening onbehoorlik (*improperly*) gevorm is, berus steeds by die applikant.¹¹⁴

In *Staatspresident v United Democratic Front*¹¹⁵ is aangevoer dat 'n noodregulasie weens vaagheid nietig was. Die regulasie het 'n uitsluitingsklousule (*ouster clause*) bevat wat die hersiening van enige regulasie wat ingevolge artikel 3 van die Wet op Openbare Veiligheid uitgereik is, uitgesluit het. (Mureinik¹¹⁶ verduidelik dat die houe 'n benadering gevolg het om te voorkom dat dié uitsluitingsklousule hulle hersieningsbevoegdheid uitsluit: die uitsluitingsklousule is net op regulasies van toepassing wat ingevolge die magtigende Wet uitgereik is. Indien die regulasie egter *ultra vires* is, is dit nie uitgevaardig nie en is die uitsluitingsklousule nie daarop van toepassing nie. In die proses word die uitsluitingsklousule kragteloos gestel, welke uitleg met die vermoede teen kragteloze bepalings bots. Gevolglik word die uitlegger voor 'n keuse gestel: indien die regulasie aan hersiening onderwerp word, word 'n vermoede van wetsuitleg geïgnoreer, maar as die uitsluitingsklousule gehandhaaf word, bly geregtelike hersiening van die regulasie in die slag. Om so min as moontlik van die betrokke wetgewing se bepalings kragteloos te laat (dws nét die uitsluitingsklousule, en nie die volle geregtelike hersiening nie), is dit verkies om die *ultra vires*-tegniek te gebruik.) Die Appèlhof het daarenteen beslis dat vaagheid nie 'n regulasie *ultra vires* laat nie, en gevolglik kan hierdie *ultra vires*-tegniek nie gebruik word nie.¹¹⁷

Wat in wetsuitlegverband kommerwekkend is, is appèlregter Hefer se verlaging van die

¹¹³1988 3 SA 19 (A).

¹¹⁴Op 38B-I van die verslag. Sien oa Mureinik (1989) 67-69 se kritiese opmerkings oor die beslissing. Hierdie beslissing is egter later in *During v Boesak* 1990 3 SA 661 (A) omvergewerp.

¹¹⁵1988 4 SA 830 (A).

¹¹⁶Mureinik (1989) 69-71, asook die bespreking van die *Hurley*-beslissing hierbo.

¹¹⁷Sien ook Mureinik (1989) 71 se opmerking dat hierdie argument dus streng gesproke beteken dat die *ouster clause* tot gevolg het dat 'n regulasie nietig, maar *intra vires* kan wees.

rol van gemeenregtelike vermoedens as riglyne ten opsigte van die onuitgedrukte 'bedoeling van die wetgewer', tot blote

vergestalting van die Howe se beskouing van die manier waarop 'n diskresionêre bevoegdheid uitgeoefen moet word.¹¹⁸

Suid-Afrika was (veral gedurende die tagtigerjare) 'n goeie voorbeeld van slegs 'n formele regstaat (*Gesetzesstaat*).¹¹⁹ Te midde van al die kritiek en pessimisme oor die Appèlhof se houding ten opsigte van fundamentele waardes en regte, wys Kruger tereg daarop dat die Suid-Afrikaanse regbank op stuk van sake steeds onder die *grundnorm* van parlementêre soewereiniteit gestaan het. Volgens hom is Dugard¹²⁰ se 'keuse-benadering', waarvolgens 'n hof (indien moontlik) op grond van gemeenregtelike regsbeginnels (*guiding values*) keuses ten gunste van die regte van die individu moet uitoefen, nie 'n permanente grondslag vir 'n fundamentele regtebedeling nie. Alhoewel sodanige gemeenskaplike Westerse regswaardes wel 'n rol kan (en moet) speel, is hulle steeds aan die soewereine wil van die wetgewer ondergeskik. Hierdie fundamentele regte en waardes sal eers behoorlik beskerm kan word as en wanneer hulle in 'n beregbare oppermagtige grondwet gepositiveer is.¹²¹

4.3 DIE OMWENTELING: 'N KWANTUMSPRONG VAN HARRIS NA NYAMAKAZI

(a) Algemeen

Terwyl die Suid-Afrikaanse regbank gedurende die 'totale aanslag'-jare in die meerderheid van beslissings vanuit 'n regspositivistiese model gefunksioneer het, het daar nietemin belangrike ontwikkelings op die gebied van grondwetuitleg in drie van Suid-

¹¹⁸Op 869E-F van die verslag. Sien ook Grogan (1989) 20.

¹¹⁹Sien oa Van Wyk DH (1979) *Persoonlike status in die Suid-Afrikaanse publiekreg* LLD-proefskrif UNISA 80-97, asook hfst 2 hierbo in dié verband.

¹²⁰Dugard (1971) 181.

¹²¹Kruger (1988) 189-192. Sien ook Botha CJ (1996) 77 (tav die weerlegbare vermoede dat die wetgewer nie onbillike resultate beoog het nie);

'Alhoewel dit waar is dat die howe die *iudicis est ius dicere sed non dare*-reël gebruik het om politieke kwessies te vermy, kan dit nouliks verwag word dat 'n weerlegbare vermoede die laaste verdedigingslinie moes wees om 'n wetgewer te stuit wat onder leiding van die uitvoerende gesag individuele vryhede en die reëls van die gemenreg platgeloop het.'

Afrika se 'vasalstate' plaasgevind.¹²² Bophuthatswana was die enigste van die drie gebiede wat 'n oppermagtige grondwet gehad het, maar al drie is gekortwiek deur 'n gebrek aan politieke legitimiteit en internasionale erkenning. Waar Bophuthatswana en Ciskei gedurende die tagtigerjare getref is deur die onrus en die noodtoestand in Suid-Afrika, is die situasie in Suidwes-Afrika/Namibië verder bemoeilik deur die interne politieke onrus, die 'bosoorlog' op die grens en Suid-Afrika se betrokkenheid in Angola, asook die internasionale inisiatiewe met betrekking tot onafhanklikheid.

Wat grondwetuitleg betref, is daar weliswaar fouteer, maar in die proses is nogtans waardevolle ondervinding¹²³ ten opsigte van die artikulering van waarde-oordele tydens grondwetuitleg opgedoen. In die geval van die Ciskei en SWA/Namibië het die howe in die afwesigheid van 'n oppermagtige grondwet wel 'aktivisties'¹²⁴ te werk gegaan om sover moontlik 'n fundamentele regtebedeling te probeer vestig, ten spyte daarvan dat die regbank staatsregtelik steeds onder parlementêre soewereiniteit moes funksioneer. Afgesien van die beginsels van grondwetuitleg van waarde vir die toekoms, het dié beslissings ook reeds die grondslae vir 'n *rights culture* in Suid-Afrika en Namibië gelê.

(b) Die 'onafhanklike' tuislande

□ Bophuthatswana

Bophuthatswana het op 6 Desember 1977 onafhanklikheid van Suid-Afrika¹²⁵ verkry. Die Grondwet van die Republiek van Bophuthatswana¹²⁶ was 'n oppermagtige grondwet

¹²²Dit is interessant om daarop te let dat die Suid-Afrikaanse Appèlhof die hoogste hof in al drie hierdie gebiede was. Selfs nadat sommige van die gebiede hulle eie appèlafdelings op die been gebring het, was dit steeds deur Suid-Afrikaanse regters beman. Alhoewel Suid-Afrika self nie 'n oppermagtige grondwet gehad het nie, het dit tog in Suid-Afrika 'n kritiese debat oor die basiese beginsels van konstitusionalisme en grondwetuitleg bevorder.

¹²³Uit sommige oorde sal geargumenteer word dat dit *politically incorrect* sou wees om Bophuthatswana en Ciskei by 'n bespreking van grondwetuitleg in Suid-Afrika in te sluit. Hierdie studie is egter gemoeid met die beginsels van grondwetuitleg, en nie met die regstatus of politieke legitimiteit van hierdie gebiede nie.

¹²⁴'Aktivisties' in dié sin dat die regbank sover as moontlik moet probeer om 'n waardebaseerde en geregtigheidsgerigte uitspraak te gee. Sien oa **Basson** (1988) 86 en **Kruger** (1990) 179 in dié verband.

¹²⁵Dmv die Wet op die Status van Bophuthatswana 89 van 1977. Sien oa **Wiechers M & Van Wyk DH** 'The Republic of Bophuthatswana Constitution 1977' (1977) SAY/L 85ff en **Devenish GE** 'The Constitution of the Republic of Bophuthatswana' in Vorster, Wiechers & Van Vuuren (reds) (1985) *Constitutions of Transkei, Bophuthatswana, Venda and Ciskei* 83-98 vir meer besonderhede in dié verband.

¹²⁶18 van 1977.

(wat 'n handves van fundamentele regte ingesluit het). Binne die breër Suid-Afrikaanse politieke verband was dit dus te verwagte dat grondwetlike toetsing (*constitutional review*) een of ander tyd ter sprake sou kom.

Die eerste geval van grondwetlike toetsing in Bophuthatswana was *S v Marwane*,¹²⁷ waarin die grondwetlikheid van oorgeërfde Suid-Afrikaanse wetgewing (in dié geval die Wet op Terrorisme)¹²⁸ teen die handves van fundamentele regte in die Grondwet opgeweeg is. In 'n sewe-teen-vier meerderheidsbeslissing het die Appèlhof beslis dat die betrokke bepaling van die Wet op Terrorisme wel ongrondwetlik en derhalwe ongeldig is, ongeag die feit dat die Grondwet net verwys het na Suid-Afrikaanse wetgewing wat ná die inwerkingtreding van die Grondwet aanvaar word.

Met die eerste oogopslag was die uitspraak 'n deurbraak vir grondwetuitleg en die ontwikkeling van 'n fundamentele regtebedeling in die Suid-Afrikaanse konteks.¹²⁹ Die grootste probleem (uit 'n oogpunt van wets- en grondwetuitleg) is egter juis die feit dat die hof níé 'n grondwetuitlegbenadering gedefinieer het nie. Appèlregter Miller (wat die meerderheidsuitspraak gelewer het) het na die implikasies wat 'n handves van fundamentele regte op die rol van die howe sal hê, verwys¹³⁰ en 'n *dictum* van Lord Wilberforce¹³¹ aangehaal wat die uitlegvereistes van 'n oppermagtige grondwet beskryf:

[A] generous interpretation avoiding what has been called 'the austerity of tabulated legalism', suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedom referred to.¹³²

Daarna het die hof se tradisionele wetsuitlegdogma egter weer eens na vore getree. Met 'n verwysing na Steyn¹³³ word die hof se benadering tot grondwetuitleg binne die

¹²⁷1982 3 SA 717 (A).

¹²⁸83 van 1967.

¹²⁹Devenish (1985) 85 het bv daarna as 'n 'teleologiese benadering' verwys. Sien daarenteen Thomashausen AEAM 'Human rights in South Africa: the case of Bophuthatswana' (1984) SALJ 473-474 wat van mening was dat die *Marwane*-uitspraak té aktivisties en dus teenproduktief was, aangesien dit die totstandkoming van 'n oppermagtige grondwet in Suid-Afrika in die wiele gery het.

¹³⁰Op 750A van die verslag.

¹³¹*Minister of Home Affairs v Collins MacDonald Fisher* [1980] AC 319 (PC) 328-329.

¹³²Op 748G-749C van die verslag. Sien ook Carpenter G 'S v Marwane 1982 3 SA 717 (A)' (1983) THRHR 93 97 se standpunt dat hierdie verwysing na die howe se rol as beskermers van grondwetlike waarborge 'n weerspieëling is van veral die tweede *Harris*-beslissing in die vyftigerjare.

¹³³Steyn (1981) 62-64.

raamwerk van die *plain meaning*-benadering geplaas:

Whether our Courts were to regard an Act creative of a Constitution as it would any other statute, or as an Act *sui generis*, when construing a particular provision therein, they would give effect to the ordinarily accepted meaning and effect of the words used and would not deviate therefrom unless to give effect to the ordinary meaning would give rise to glaring absurdity; or unless there were indications in the Act (considered as a whole in its own peculiar setting and with due regard to its aims and objects) that the legislator did not intend the words to be understood in their ordinary sense.¹³⁴

Met ander woorde, teleologiese uitleg en die fundamentele waardes wat die Grondwet onderskraag, het nie ter sprake gekom nie: die gewone teksbetekenis en die wetgewersbedoeling het weer eens die deurslag gegee.¹³⁵

Na die ortodokse en 'ongenuanseerde aanwending van die bedoelingsteorie'¹³⁶ in *Marwane*, het grondwetuitleg weer in *Smith v Attorney-General, Bophuthatswana*¹³⁷ ter sprake gekom: die grondwetlikheid van 'n bepaling wat die prokureur-generaal gemagtig het om borgtog aan 'n beskuldigde te weier.¹³⁸ In teenstelling met *Marwane*, was die hof bereid om verder as die tradisionele *plain meaning*-benadering van wetsuitleg te kyk en die Grondwet as 'n *grundnorm*-grondwet uit te lê. In sy uitspraak het hoofregter Hiemstra sterk op Duitse beginsels van grondwetuitleg gesteun.¹³⁹

Wat grondwetuitleg betref, het *Smith v Attorney-General* sekere fundamentele rigting-wysers neergelê:¹⁴⁰

¹³⁴Op 749D-E van die verslag.

¹³⁵Vir kritiese besprekings van *Marwane*, sien oa **Ndaki BF** 'A bill of rights: the Bophuthatswana experience' (1983) *De Rebus* 449ff; **Dlamini AM** 'A comparison of some human rights decisions of the supreme courts of Transkei and Bophuthatswana' (1992) *TRW* 69ff; **Thomashausen** (1984) 467ff; **Carpenter** (1983) 93ff; **Barrie GN** 'Marwane's case: echoes of *Marbury v Madison* on the arid plains of southern Africa' (1983) *TSAR* 288-291; **Forsyth C** 'Interpreting a bill of rights: the future task of a reformed judiciary?' (1991) *SAJHR* 1 5-8; **Luiz S** 'The bill of rights - Bophuthatswana' (1983) *THRHR* 231ff.

¹³⁶**Kruger** (1990) 223.

¹³⁷1984 1 SA 196 (BSC).

¹³⁸Art 61A van die Strafproseswet 51 van 1977 (wat ná 'onafhanklikheid' in die Bophuthatswana Strafproseswet 33 van 1980 (B) vervat is).

¹³⁹**Thomashausen** (1984) 481 het dit as 'n resepsie van die moderne Europese staatsreg en fundamentele regtebedeling beskou. Sien egter **Du Plessis** (1994b) 13 wat hierdie opmerking as 'n *Eurocentric predilection* kritiseer.

¹⁴⁰**Du Plessis** (1994b) 13 beskryf die *Smith*-beslissing (voor die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet in Suid-Afrika) as

'undoubtedly the best argued and most insightful southern African judgment with regard to the interpretation of a bill of rights to date.'

- Die hof het nie net die verskil tussen gewone staatlke wetgewing en 'n oppermagtige grondwet aangetoon nie, maar hierdie verskil beklemtoon:¹⁴¹ met ander woorde, die unieke aard van die grondwet as *lex fundamentalis* moet as vertrekpunt by grondwetuitleg gebruik word.
- Die proporsionaliteitstoets (*Verhältnismässigkeit*) en die wisselwerkingsbeginsel (*Wechselwirkungslehre*) is gebruik om te toets of die bepaling grondwetlik is of nie. Die betrokke bepaling word dus aan 'n dubbele toets blootgestel. Eerstens word bepaal of die bepaling *prima facie* op die fundamentele reg inbreuk maak: is die maatreël noodsaaklik (maw, is dit die enigste wyse waarop die doel bereik kan word), en is die maatreël redelik en proporsioneel (maw is die maatreël geldig, voldoende en noodsaaklik indien dit teen die betrokke fundamentele reg opgeweeg word?).¹⁴² Mits daar wel 'n inbreukmaking is, kom die tweede toets ter sprake: word die inbreukmaking deur die algemene beperkingsklousule in die Grondwet gedek? Die tweede 'toets' behels 'n opweging van die inbreukmaking teen die wese (*Wesensgehalt*) van die fundamentele reg. Hier is daar dus 'n beperking van 'n beperking (*restriction-restricting*) ter sprake: die wetgewer se bevoegdheid om 'n fundamentele reg te beperk, is ook aan 'n beperking onderhewig, te wete die 'belangrikheid' van die fundamentele reg binne die breër raamwerk van die waardes wat die grondwet onderskraag.¹⁴³ Die wisselwerkingsbeginsel word gevolglik gebruik om die inbreukmakende bepaling beperkend uit te lê in 'n poging om dit met die Grondwet te versoen en 'n oor-aktivistiese uitleg te vermy.¹⁴⁴
- Die belangrike rol van die waardes wat in 'n grondwet vervat is, word deur die hof beklemtoon:

The Bill of Rights is a declaration of values and a statement of the nation's concept of the society it hopes to achieve. It is the duty of the Court to make it identifiable as such.¹⁴⁵
- Die hof se funksie as handhawer van die waardes en langtermyn doelwitte van

¹⁴¹Op 199F van die verslag.

¹⁴²Op 201A-C van die verslag.

¹⁴³Thomashausen (1984) 477 verwys hierna as *Grundsatz der Schranken-Schranken*.

¹⁴⁴Sien 202G van die verslag.

¹⁴⁵Op 199H van die verslag (my kursivering).

die grondwet moet nietemin met omsigtigheid uitgeoefen word: die hof moenie oor-aktivisties te werk gaan, die wetgewende proses verydel en in die proses die regeringspligte lamlê nie.¹⁴⁶

[T]he Court has a particular duty as guardian of liberty, but it has to exercise its powers of controlling legislation with a scalpel and not with a sledgehammer.¹⁴⁷

Die hof in *Smith v Attorney-General* het bevind dat artikel 61A van die Strafproseswet die wese van die reg op *due process*¹⁴⁸ aantas en nie deur die beperkingsklousule in die Grondwet (art 18) 'gered' word nie. **Thomashaussen**¹⁴⁹ was van mening dat dié beslissing nie álle toekomstige ontwikkelings ten opsigte van grondwetuitleg in Bophuthatswana kon voorskryf nie. Ongelukkig het hierdie voorspelling kort voor lank 'n negatiewe betekenis verkry.

In *Government of the Republic of Bophuthatswana v Segale*¹⁵⁰ is 'n proses begin waarmee die regstaatlik-gefundeerde beginsels van grondwetuitleg (wat in *Smith v Attorney-General* geformuleer is) weer deur die ortodokse regspositivistiese metode van wetsuitleg vervang is. Artikel 31 van die Bophuthatswana Wet op Binnelandse Veiligheid¹⁵¹ het ministeriële toestemming vir 'n vergadering van meer as twintig persone vereis. Een van die geregistreerde politieke partye in Bophuthatswana het om dié rede toestemming gevra om 'n reeks politieke vergaderings te hou waar moontlik meer as twintig persone teenwoordig sou wees. Die aansoek is sonder verskaffing van redes deur die Minister van Wet en Orde geweier. Die voorsitter van die betrokke

¹⁴⁶Op 199C-E van die verslag. **Eskridge** (1994) 49 verwys hierna as uitleg *beyond the original expectations*, wat tot 'n *legislative override* aanleiding kan gee (sien hfst 3 hierbo). Vgl ook WnR Kentridge se ortodokse opmerking in *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (CC) para 18:

'If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to "values", the result is not interpretation but divination.'

¹⁴⁷Op 200C van die verslag.

¹⁴⁸Op 202B van die verslag het die hof gesê dat die *audi alteram partem*-reël onlosmaaklik deel van die *due process*-begrip vorm en dus noodwendig in die Grondwet verskans is. Sien ook art 24 van die 1993-Grondwet wat die reg op regsgeldige administratiewe optrede as fundamentele reg verskans het.

¹⁴⁹**Thomashaussen** (1984) 480.

¹⁵⁰1990 1 SA 434 (BA). In *S v Chabalala* 1986 2 SA 623 (BA) 628B (waarin die grondwetlikheid van die doodstraf ter sprake was) het die hof dit onnodig gevind het om te beslis of die reëls van grondwetuitleg verskil van dié van gewone wetsuitleg. Sien **Luiz S** 'A bill of rights: is it worth the paper it's written on?' (1987) *SAJHR* 105-111 hieroor.

¹⁵¹32 van 1979.

politieke party het vervolgens aansoek gedoen om die bepaling nietig te laat verklaar. Die hof *a quo*¹⁵² het dan ook die bepaling ongrondwetlik (en dus nietig) verklaar. By appèl het die Bophuthatswana Appèlhof egter in 'n merkwaardige beslissing bevind dat die bepaling nie ongrondwetlik is nie. Die hof het wel op die belangrikheid van 'n beslissing oor die Grondwet gewys, en na Miller AR se opmerkings in *Marwane* oor die *sui generis* aard van die grondwet verwys.¹⁵³ Nadat bloot lippediens aan die status van 'n oppermagtige grondwet bewys is, is die tradisionele *plain meaning*-metode van wetsuitleg bespreek en toegepas.¹⁵⁴ Met ruimskootse verwysings na Suid-Afrikaanse en Engelse beslissings oor wetsuitleg en die wil van 'n soewereine wetgewer, kom die hof tot die volgende positivistiese gevolgtrekking oor die uitleg van die Grondwet:

What appears from all the above authorities is clear. The task of the Courts is to ascertain from the words of the statute in the context thereof what the intention of the Legislature is. If the wording of the statute is clear and unambiguous they state what the intention is. *It is not for the Courts to invent fancied ambiguities and usurp the functions of the Legislature.*¹⁵⁵

Alhoewel die regter in die verbygaan na *Smith v Attorney-General* verwys het, was hy van mening dat hoofregter Hiemstra se opmerking dat die uitlegbenadering vir 'n verklaring van fundamentele regte nie positivisties kan wees nie, nie beteken dat die hof van die wetgewer se woorde kan afwyk nie: die wetgewer het nie bedoel dat die fundamentele regte voorrang bo die staat of die publiek se belange moet geniet nie.¹⁵⁶ Die status van 'n oppermagtige grondwet, proporsionaliteit, die wisselwerkingsbeginsel en fundamentele regte is eenvoudig deur die duidelike en ondubbelsinnige bedoeling van die wetgewer getroef. Soos **Du Plessis** tereg aantoon, het die hof nie die duidelike en ondubbelsinnige taal van artikel 7 van die Grondwet (wat bepaal dat die Grondwet die hoogste reg in die regsorde is) met erns bejeën nie.¹⁵⁷ Asof die gebruik van gewone wetsuitlegbeginsels by die uitleg van die oppermagtige Grondwet nie erg genoeg was nie, het die hof boonop die ortodokse tekstuele metode van wetsuitleg toegepas: die ontwikkelinge in Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek (hoe min ook al) vanaf appèlregter

¹⁵²*Segale v Government of Bophuthatswana* 1987 3 SA 237 (B).

¹⁵³Op 442D en 446A-B van die verslag.

¹⁵⁴Op 445A-J en 446F-J/449C.

¹⁵⁵Op 448G van die verslag (my kursivering).

¹⁵⁶Op 447I van die verslag.

¹⁵⁷**Du Plessis** (1994b) 15.

Schreiner se minderheidsuitspraak in die *Jaga*-saak is net geïgnoreer.¹⁵⁸ Die erkenning van die howe se rol as beskermers van grondwetlike waarborge in die *Harris*-sake (wat in *Marwane* beklemtoon is), het nie in die uitspraak gefigureer nie. Die uiteensetting van die Duitse reg in *Smith v Attorney-General* is buite rekening gelaat en waarnemende appèlregter Galgut het verkies om na Engelse sake te verwys: waar *Smith* op die Duitse beginsels van konstitusionalisme gesteun het, was *Segale* aan Engelsregtelike regs-positivisme en parlementêre soewereiniteit veranker.¹⁵⁹ Lord Diplock se *dictum* in *Inland Revenue Commissioners v Rossminster Ltd*¹⁶⁰ is met goedkeuring aangehaal:

So if the statutory words relied upon as authorising the acts are ambiguous or obscure, a construction should be placed upon them that is least restrictive of individual rights which would otherwise enjoy the *protection of the common law*. But Judges, in performing their constitutional function of expounding what words used by Parliament mean, must not be over-zealous to search for ambiguities or obscurities in words which on the face of them are plain, simply because the members of the Court are out of sympathy with the policy to which the Act appears to give effect.

Trouens, die fundamentele waardes in die Grondwet is nie eers vermeld nie!

Hierdie negering van die beginsels van grondwetuitleg wat in *Smith v Attorney-General* geformuleer is, is deur regter Friedman in *Monnakale v Republic of Bophuthatswana*¹⁶¹ voortgesit. Die applikante aansoek gedoen dat sekere persone wat na die mislukte staatsgreep in Bophuthatswana sonder verhoor kragtens die Wet op Binnelandse Veiligheid¹⁶² aangehou was, vrygelaat moet word, of toegang tot hulle regsverteenwoordigers moet kry. Die hof het bevind dat die aanhouding nie ongrondwetlik was nie, maar die aansoek om toegang tot regsverteenwoordigers toegestaan.

In sy uitspraak het regter Friedman grondwetuitleg in Suid-Afrika tot 'n nuwe laagtepunt

¹⁵⁸Die regter se bespreking (veral op 445A-J van die verslag) van die 'relevante' beginsels van wetsuitleg wemel van *dicta* soos *unambiguous language* en *to endeavour to arrive at the intention of the lawgiver from the language employed in the enactment*, asook verwysings na sleutelsake oor die letterlike-cum-bedoelingsbenadering: oa *Bhyat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125, *Venter v R* 1907 TS 910, *Schenker v The Master* 1936 AD 136 en *Ebrahim v Minister of the Interior* 1977 1 SA 665 (A).

¹⁵⁹Sien bv **Carpenter G** 'Constitutional interpretation in Bophuthatswana - what price a bill of rights?' (1989/90) SAYIL 169 172 en 175.

¹⁶⁰[1980] AC 952 (HL) 1008D-E (my kursivering).

¹⁶¹1991 1 SA 598 (B). Na *Monnakale* is die *Segale*-beslissing ook in *Mokwele v Government of the Republic of Bophuthatswana* 1994 1 SA 503 (B) gevolg.

¹⁶²25 van 1979 (B).

gevoer. Nie net het hy die gewone beginsels van wetsuitleg gebruik om 'n oppermagtige grondwet uit te lê nie, maar in die proses het die *plain meaning*-reël 'n nuutgevonde status verkry: indien die gewone betekenis van die wetgewing duidelik en on-dubbelsinnig is, troef dit die bepalings van die oppermagtige Grondwet:

[T]he role of the judiciary is to interpret the enactments of Parliament, and where the language of the statute is plain and unambiguous, effect must be given thereto, however unpalatable the result may be. It is not for the Court to indulge in an exercise of semantic elasticity in the face of clear language, nor can it disregard the well-established and proven canons of construction and interpretation at the slightest seductive beckoning of what the law ought or should be. There is almost an inevitable temptation to stress the rights of the individual against the interests of the State, particularly where a Bill of Rights calls for interpretation. *If the language is clear and plain, and encroaches on a Bill of Rights, effect must be given thereto, irrespective of the personal views or the philosophical outlook of the Judge concerned.*¹⁶³

Hierdie beslissing het tot 'n stortvloed hoogs kritiese kommentaar aanleiding gegee.¹⁶⁴

Afgesien van die verouderde wetsuitlegmetode wat die regter (soos in *Segale*) blindelings op 'n oppermagtige grondwet toegepas het, het hy ook die hele kwessie hanteer asof dit onder die Suid-Afrikaanse reg tuishoort.¹⁶⁵ As gevolg van *stare decisis* het hy homself dus aan Suid-Afrikaanse gesag gebonde geag, veral ten aansien van diskresie-aanwending deur die uitvoerende gesag.¹⁶⁶

Aangesien *Monnakale* in 'n groot mate voortgebou het op die wetsuitlegmetode wat in *Segale* gevolg is, is 'n verdere kritiese bespreking van die beslissing eintlik onnodig. Trouens, **Du Plessis** het die regter se uitlegmetode afgemaak as 'n

hermeneutical view which, with respect to constitutional interpretation, virtually places itself beyond intellectually dignified and restrained comment.¹⁶⁷

Die ernstigste kritiek teen die *Segale*- en *Monnakale*-beslissings is egter dat hulle beide die ontwikkeling van 'n fundamentele regtebedeling in Suider-Afrika 'n geweldige knou

¹⁶³Op 621D-E van die verslag (my kursivering).

¹⁶⁴Oa **Dlamini CRM** (1995) *Human rights in Africa: which way South Africa?* 134-135; **Carpenter G** 'Constitutional interpretation in Bophuthatswana - still no joy' (1990/91) *SAYIL* 143; **Southwood I** 'Nought for your (constitutional) comfort in Bophuthatswana' (1992) *SAPL/PR* 169; **Davis et al** (1994) 2; **Du Plessis & Corder** (1994) 64-65; **Du Plessis & De Ville** (1993a) 76; **Dlamini AM** (1992) 69ff.

¹⁶⁵Sien bv **Carpenter** (1990/91a) 145.

¹⁶⁶**Southwood** (1992) 171; **Carpenter** (1990/91a) 145. Regter Friedman het dan ook daarna sy eie siening van wetsuitleg in *Lewis v Minister of Internal Affairs* 1991 3 SA 628 (B) 638E-639I gevolg.

¹⁶⁷**Du Plessis** (1994b) 16.

toegedien het.¹⁶⁸ Ná hierdie beslissings was die totstandkoming van 'n regstaat in Suid-Afrika en die legitimiteit van die regbank opnuut bevraagteken:

And there is no surer recipe for disillusionment, even revolution, than a constitution with a bill of rights which proves in practice not worth the paper it is written on.¹⁶⁹

Indien *Segale*- en *Monnakale* grondwetuitleg teruggeskuif het tot 'n posisie vóór dié van die *Harris*-sake, verteenwoordig regter Friedman se verstommende ommeswaai in *Nyamakazi v President of Bophuthatswana*¹⁷⁰ 'n beslisse 'kwantumsprong'¹⁷¹ wat grondwetuitleg betref. In dié saak het die applikant, 'n nie-burger van Bophuthatswana en die voorsitter van die Winterveld *Civic Association*, aansoek gedoen om die nietigverklaring van artikel 31B van die Wet op Binnelandse Veiligheid,¹⁷² wat nie-burgers verbied het om aan interne politieke bedrywighede in Bophuthatswana deel te neem. Daar is aangevoer dat hierdie bepaling inbreuk maak op die fundamentele regte in die Grondwet (oa gelykheid voor die reg, vryheid van spraak en die vryheid van assosiasie en byeenkoms) en derhalwe ongrondwetlik is. Regter Friedman het beslis dat die bepaling wat vreemdelinge verbied om aan politieke bedrywighede deel te neem wel ongrondwetlik en dus nietig is.

In sy uitspraak het die regter 'n diepgaande analise van die beginsels van wets- en grondwetuitleg in die VSA, Botswana, Namibië, Suid-Afrika, Bophuthatswana en Duitsland¹⁷³ onderneem. Die natuurreg, billikheid (*equity*) en geregtigheid, internasio-

¹⁶⁸ **Majola BC** 'Beyond the bill of rights in South Africa' (1990) *SAPR/PL* 36 38-48 was van mening dat die vertrapping van fundamentele regte in Bophuthatswana saamgelees moet word met die gebrek aan 'n *human rights jurisprudence* in die houe.

¹⁶⁹ Oa **Carpenter** (1990/91a) 149; **Dlamini AM** (1992) 83. Sien ook **Carpenter** (1989/90b) 175:

'A bill of rights which enjoys poor credibility in the eyes of the public because of judicial unwillingness or inability to adapt to a new system is worse than no bill of rights at all.'

¹⁷⁰ 1992 4 SA 540 (B).

¹⁷¹ Aangesien hierdie verandering nie gepaard gegaan het met 'n geleidelike ontwikkeling nie, kan dit miskien analoog gestel word aan 'n Kuhniaanse paradigmaverskuiwing (sien **Kuhn T** (1964) *The structure of scientific revolutions* hieroor). Regter Friedman se ommeswaai herinner ook aan dié van Kotzé HR in *Brown v Leyds*, wat uiteindelik tot 'n konstitusionele krisis in die ZAR gelei het. Sien ook *Mfola v Minister of Education, Bophuthatswana* 1992 3 SA 181 (B), waar die hof diskriminerende regulasies nietig verklaar het omdat dit met die gelykheidsklousule in die Grondwet gebots het.

¹⁷² 32 van 1979 (B).

¹⁷³ Veral tav die beperking van fundamentele regte, sien 563J-564F van die verslag.

nale menseregte en Dworkin se regsidee het ook onder die soeklig gekom.¹⁷⁴ Dit is verder interessant dat die regter wéér na Engelse uitsprake verwys het, maar hierdie keer is veral op grondwetuitleg in Statebondslande wat oppermagtige grondwette het,¹⁷⁵ gekonsentreer (met insluiting van die invloed van die *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*). Die verskil tussen parlementêre soewereiniteit en grondwetlike oppergesag is daarby duidelik aangetoon:

In contradistinction to Courts of the United States and other countries with a written constitution, English courts are restricted by the lack of power to evaluate an Act of Parliament. Furthermore, the Courts do not have the power, nor the jurisdiction, to review or declare *ultra vires* the constitutionality of enactments by the Legislature. The Courts are restricted to interpreting the legislation and the carrying out of its provisions.¹⁷⁶

Die regter het ook vyftien beginsels van grondwetuitleg geformuleer,¹⁷⁷ maar aangedui dat dit nie 'n finale raamwerk is nie.¹⁷⁸

- Tydens grondwetlike toetsing is daar 'n regspraak ter sprake: bots die bepaling met die oppermagtige grondwet (as hoogste reg in die regsorde) of nie? Indien nie, is dit geldig; indien wel, is dit ongrondwetlik en *ultra vires*, en moet die hof dit ongeldig verklaar.
- Die metode van uitleg moet sowel soepel as kontekstueel gerig wees:

The method of interpretation or construction is an open-ended process of elucidation and commentary which explores, *reads into*, derives and attaches significance to every word, section or clause in relation to the whole context ... [I]nterpretation is *not a conclusion but a process* which searches for the exact meaning of words and use of terms.¹⁷⁹
- Op watter wyse die bepaling ook al uitgelê word, die gewone grammatikale betekenis kan nie geïgnoreer word nie.¹⁸⁰
- 'n Grondwet moet wyd (*liberally*) uitgelê word met inagneming van die bepalings

¹⁷⁴Op 560G-563E van die verslag. Sien ook Boshoff (1993) 531ff vir 'n kritiese ontleding van regter Friedman se analise van Dworkin se idees.

¹⁷⁵Trinidad en Tobago, Bermuda en Gambië. Sien 554D-555F van die verslag.

¹⁷⁶Op 552H-I van die verslag.

¹⁷⁷Op 566E-567I van die verslag.

¹⁷⁸Op 567I-J van die verslag het regter Friedman dit as volg gestel (my kursivering):

'The above guidelines are by no means exhaustive, and cannot be so. They are merely an attempt to suggest certain rules of interpretation where the Supreme Court is entrusted with the *awesome and onerous task of being the guardian of a constitution containing a bill of rights*.'

¹⁷⁹Op 566G van die verslag (my kursivering).

¹⁸⁰Vgl ook in hierdie verband WnR Kentridge se tekstuele voorbehoude in *S v Zuma* [nt 146 hierbo].

en gees daarvan. In dié proses moet die bedoeling van die opstellers van die grondwet, die owerheidsbeginsels daarin vervat, en die doelstellings met en redes vir die grondwet se aanvaarding in ag geneem word.

- Tydens grondwetuitleg moet die gewone reëls van wetsuitleg vir 'n meer *liberal construction*¹⁸¹ plek maak.
- Daar moet sover as moontlik probeer word om 'n versoening tussen die positivistiese en vryheidsgesinde (*libertarian*) uitgangspunte oor wetsuitleg te bewerkstellig: indien die taal dit toelaat moet 'n breë uitleg gevolg word.
- Verreikende, en soms absolute grondwetlike bepalings moet meer uitbreidend en humanisties uitgelê word as gewone wetgewing.
- Omdat grondwette vir lang tydperke moet geld en moeiliker as gewone wetgewing gewysig kan word, is grondwetuitleg nie aan die streng (*confined*) uitlegmetodes wat op gewone wetgewing van toepassing is, onderhewig nie.
- Die streng reëls wat op die uitleg van kontrakte van toepassing is, geld nie vir grondwetuitleg nie.
- Die gewone betekenis van die bepalings van 'n grondwet moet in ag geneem word: 'n eng, geforseerde of tegniese uitleg wat die taal geweld sal aandoen (*which does violence to the language*), moet vermy word.
- 'n Grondwet moet binne die bestaande konteks en tydsgees uitgelê word, anders word die veranderinge in die gemeenskap waarop dit van toepassing is, nie in aanmerking geneem nie.¹⁸²
- Die fundamentele regte in 'n grondwet weerspieël die morele en juridiese norme wat betrekking het op sowel die regte van individue, as dié van owerheidsmagte.¹⁸³ 'n Wetsbepaling wat hierdie morele en juridiese standarde ignoreer kan nie regverdig (*just*) wees nie.

¹⁸¹Sien Visser (1995) 747 vir die wanopvatting dat *liberal interpretation* 'n politieke begrip is.

¹⁸²Vgl Cowen (1976) 156 tov die *continuing time-frame of legislation*, asook Du Toit (1977) 12-13 se *dimension of futurity* en Wilson (1988) 378 se *living tree*-analogie.

¹⁸³Sien die regter se verwysing na Dworkin se regsteorie en morele standarde op 561A-B van die verslag, asook Boshoff (1993) 532-535 se kritiese opmerkings tov die regter se aannames oor Dworkin se teorie.

- Die regering moet bewys dat 'n inbreukmaking op 'n fundamentele reg deur middel van 'n beperking geregverdig is.¹⁸⁴
- Doeldienende uitleg is noodsaaklik, aangesien dit die hof verplig om meer as net juridiese faktore tydens die uitleg van 'n grondwet in ag te neem:

These are the objectives of the rights contained therein, the circumstances operating at the time when the interpretation has to be determined, the future implications of the construction, the impact of the said construction on future generations, the taking into account of new developments and changes in society.¹⁸⁵
- Diskriminerende bepalings moet streng uitgelê word en is slegs regverdigbaar deur dwingende staats- of openbare belang, wat bewys moet word.

Na die ortodokse benaderings van *Segale* en *Monnakale*, moet hierdie uitspraak verwelkom word. Alhoewel *Smith v Attorney-General* 'n goeie uiteensetting van die Duitse beginsels van grondwetuitleg bevat het, was *Nyamakazi* die eerste Suid-Afrikaanse beslissing wat 'n omvattende en uitgebreide raamwerk vir toekomstige grondwetuitleg voorgestel het. Dit het ook 'n goeie vergelykende ondersoek na buitelandse regspraak ingesluit, asook na die volkeregtelike basis van 'n fundamentele regtebedeling verwys. Aspekte soos die morele standaarde en norme (*justice and equity*) wat die grondwet rugsteun, is ook by grondwetuitleg betrek. Daar is ook nie net lippediens bewys aan die fundamentele verskille tussen parlementêre soewereiniteit en grondwetlike oppergesag nie, maar die voorgestelde raamwerk vir grondwetuitleg het 'n begrip daarvoor getoon.

Tog is daar ook kritiek teen die uitspraak:

- Regter Friedman maak nêrens melding van die *Monnakale*-beslissing nie. Sy verwysing na die *Segale*-beslissing is baie selektief,¹⁸⁶ sonder om aan te toon dat die benadering in *Segale* nie werklik die strekking van sy beslissing

¹⁸⁴Waar Hiemstra HR die proporsionaliteitsbeginsel (uit die Duitse reg) in *Smith v Attorney-General* gebruik het, het Friedman R die Amerikaanse beginsel van *a compelling State interest* tov die beperking van fundamentele regte gebruik (op 564H-I van die verslag). Sien ook in dié verband *Lever H 'A change of heart on Bophuthatswana's bill of rights' (1993) SALJ 223 227*, waar hy na die soortgelyke beginsel van *rational decision* verwys.

¹⁸⁵Op 567G-H van die verslag.

¹⁸⁶Op 557H, 559F-560F en 571E van die verslag

ondersteun nie. Daar kan aanvaar word dat hy as gevolg van *stare decisis* nie uitdruklik kon aantoon dat die appèlafdeling in *Segale* fouteer het nie. Alhoewel regter Friedman aangedui het dat grondwetuitleg 'n *open-ended* proses is waartydens bestaande konteks en veranderende omstandighede in ag geneem moet word,¹⁸⁷ het hy nie op die moontlike anomalie tussen grondwetlike dinamiek en grondwetlike *stare decisis*¹⁸⁸ gewys nie.

- Alhoewel daar na die gees van die grondwet en morele standarde verwys is, het die regter nie die rol van die regbank by die handhawing en bevestiging van die fundamentele waardes wat die grondwet stut, beklemtoon nie. Gevolglik is die besonder brandende vraagstuk van regterlike aktivisme (en indien ter sprake, die grense daarvan) nooit aangespreek nie. Die gebrek aan 'n bespreking van grondwetlike waardes en regterlike aktivisme is moontlik toe te skryf aan die feit dat die regter nêrens 'n behoorlike ontleding van die regstaatbegrip (of die wye *rule of law*-begrip) onderneem het nie. Met ander woorde, die aard van die grondwet as *lex fundamentalis* in 'n regstaat vorm nie die grondslag van die voorgestelde raamwerk vir grondwetuitleg nie.¹⁸⁹
- Alles in ag genome, is daar steeds oorblyfsels van die ortodokse *plain meaning*-uitlegbenadering in die uitspraak te bespeur. Die klem wat op die *ordinary grammatical meaning* en die *plain words of the relevant clauses of the constitution* geplaas word, asook die poging om die positivistiese en vryheidsgerigte benaderings van grondwetuitleg te versoen,¹⁹⁰ dui daarop dat die regter nog nie heeltemaal ontslae geraak het van wat **Carpenter** na verwys as die

barnacles of the Westminster system, and more specifically of that
excrement which is legislative supremacy.¹⁹¹

Alhoewel die ontwikkeling van die beginsels van grondwetuitleg in Bophuthatswana met stampe en stote geskied het, was dit, met die oog op die toekoms, nietemin 'n nuttige proeflopie vir die Suid-Afrikaanse regbank. In dié verband moet twee aspekte

¹⁸⁷Op onderskeidelik 566G en 567E van die verslag.

¹⁸⁸Sien **Lever** (1993) 228, asook hfst 6 hieronder.

¹⁸⁹Sien hfst 2 hierbo.

¹⁹⁰Op onderskeidelik 566H, 567D en 566J van die verslag.

¹⁹¹**Carpenter** (1990/91a) 140.

beklemtoon word: enersyds, die mate waarin die regbank gesukkel het om van die tradisionele regspositivistiese wetsuitlegbenadering na 'n unieke metode van grondwetuitleg om te keer, en andersyds, die feit dat die fundamentele gepositiveerde grondwetlike waardes feitlik nooit as rigsnoer tydens grondwetuitleg gebruik is nie.

Nyamakazi was weliswaar 'n kwantumsprong vanaf die *Harris*-beslissings, maar in die proses is die fundamentele demokratiese waardes wat appèlregter Schreiner in *Collins* beklemtoon het, agterweë gelaat. Die volle materiële regstaat het nog steeds nie aangeland nie.

❑ Ciskei

Die Republiek van Ciskei het op 4 Desember 1981 onafhanklikheid van Suid-Afrika verkry.¹⁹² Alhoewel die Ciskeise Grondwet¹⁹³ 'n verklaring van fundamentele regte bevat het, het die houe geen toetsingsreg ten opsigte van die geldigheid van wetgewing van die Nasionale Vergadering gehad nie. Die fundamentele regte was bloot 'n stel riglyne aan die wetgewer wat nie deur die regbank afgedwing kon word nie.¹⁹⁴ Op 4 Maart 1990 is die regering deur 'n staatsgreep omvergewerp en deur 'n militêre bewind vervang. Die 1981-Grondwet is herroep en deur 'n 'oppermagtige' Grondwetlike Dekreet¹⁹⁵ vervang. Artikel 3 van die Dekreet het bepaal dat die volkereg deel van die Ciskeise reg vorm en voorrang bo Ciskeise wetgewing sal geniet, tensy die Dekreet anders bepaal. Bylaag 6 van die Dekreet het 'n verklaring van menseregte bevat, en ingevolge artikel 26 kon die houe wetgewing aan die hand van hierdie fundamentele regte toets. Veral drie beslissings waarin hierdie toetsingsreg ter sprake gekom het, is van belang vir grondwetuitleg in Suid-Afrika.

¹⁹²Die Ciskeise onafhanklikheid is deur die Wet op die Status van Ciskei 110 van 1981 erken. Sien oa **Carpenter G** 'Variation on a theme - the independence of Ciskei' (1981) *SAYIL* 83ff en **Cilliers AC** 'The Constitution of the Republic of Ciskei' in Vorster, Wiechers & Van Vuuren (reds) (1985) *Constitutions of Transkei, Bophuthatswana, Venda and Ciskei* 197-249 mbt die staatsregtelike en politieke agtergrond.

¹⁹³20 van 1981.

¹⁹⁴**Carpenter** (1987) 130.

¹⁹⁵45 van 1990. Alhoewel die dekreet 'oppermagtig' was, was die Ciskei nie materiële regstaat nie, veral omdat daar nie sprake was van die fundamentele demokratiese waardes (bv verteenwoordigende regering) wat 'n demokratiese samelewing rugsteun nie. Sien ook hfst 2 hierbo.

In *African National Congress (Border Branch) v Chairman, Council of State of the Republic of Ciskei*¹⁹⁶ het die applikante aanvanklik aansoek gedoen vir 'n verklarende bevel dat sekere bepalinge van die Wet op Nasionale Veiligheid¹⁹⁷ (wat vir aanhouding sonder verhoor en 'n verbod op openbare byeenkomste voorsiening maak), op sekere van die fundamentele regte in Bylaag 6 van die Grondwetlike Dekreet inbreuk maak. Kort voor die verhoordatum het die regering artikel 26 van die Grondwetlike Dekreet (wat vir grondwetlike toetsing deur die hof voorsiening gemaak het) terugwerkend by wyse van dekreet herroep. Sekere bepalinge van die Grondwetlike Dekreet (oa die hof se 'toetsingsreg') kon egter net deur middel van 'n tweederdemeerderheidstem in 'n referendum gewysig of herroep word. Die applikante het daarop kennis gegee dat hulle op 'n punt *in limine* om 'n bevel gaan aansoek doen dat die herroeping van die hof se 'toetsingsreg' nietig is en dat hulle oorspronklike aansoek moet voortgaan. Met verwysing na die eerste *Harris*-saak het die hof bevind dat die herroeping ongeldig was en dat die hof steeds jurisdiksie het om die oorspronklike aansoek aan te hoor. Aangesien die volkereg uitdruklik deel van die Ciskeise reg was, het die hof aanvaar dat 'n nuwe sfeer van die reg op die Ciskei van toepassing was:

As a result of s 3 of the Constitution, quoted at the beginning of this judgment, a whole new sphere of law was made applicable to this country. In order to properly judge the merits of the relief sought it becomes necessary to look at what has become known as 'common standards of internationally agreed, and legally binding, rules collectively known as "international human rights law"'.¹⁹⁸

In die proses het regter Heath die *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, die VN se *Universal Declaration of Human Rights*, asook regspraak van die Europese Hof vir Menseregte ondersoek. Die hof het toe ook bevind dat beide bepalinge van die Wet op Nasionale Veiligheid met die verklaring van fundamentele regte bots. As gevolg van die feit dat dit 'n onbestrede mosie was, en die applikante nie in die oorspronklike aansoek daarvoor gevra het nie, kon die hof nie verder gaan en die gewraakte bepalinge nietig verklaar nie.¹⁹⁹ Aangesien van die

¹⁹⁶1992 4 SA 434 (CKGD).

¹⁹⁷13 van 1982 (CK).

¹⁹⁸Op 444H-I van die verslag. In alle waarskynlikheid is hierdie die eerste keer dat 'n Suid-Afrikaanse hof tydens grondwetuitleg na *international human rights law* verwys het. Sien oa Dugard (1994) 198-230, tav internasionale menseregte.

¹⁹⁹Op 456A-C van die verslag.

verwysing na en toepassing van internasionale menseregte (*international human rights law*), is daar twee ander aspekte wat vir grondwetuitleg van belang is.

Eerstens het die hof 'n vyftal riglyne vir grondwetuitleg aan die internasionale regspraak ontleen, saamgestel:²⁰⁰

- Fundamentele regte en vryhede moet eerder ruim (*generously*) as eng en legalisties (*the austerity of tabulated legalism*)²⁰¹ uitgelê word.
- Bepalings wat vir die beperking van fundamentele regte voorsiening maak, moet streng en beperkend uitgelê word.
- Waar dit blyk dat daar op 'n fundamentele reg inbreuk gemaak is, moet die persoon wat die reg(te) geskend het, bewys dat die inbreukmaking in alle opsigte gemagtig was.
- 'n Beperking geld slegs in dié mate wat dit streng noodsaaklik is om daardie waardes wat in die beperkingsklousule genoem is, te beskerm.
- Beperkings en inkortings (*derogations*) van fundamentele regte mag slegs deur middel van regsreëls geskied.

Tweedens, het die hof die twee-fase proses²⁰² gebruik om te bepaal of 'n bepaling met 'n fundamentele reg bots:

- Daar moet vasgestel word of die gewraakte bepaling(s) versoenbaar is met die 'verhewe' reg waarteen dit beoordeel word. Dit vereis 'n ondersoek na die juridiese gevolge wat sal intree indien die bepaling toegepas sou word.
- Indien daar wel 'n botsing is, moet die hof aan die hand van die bogenoemde vyf riglyne bepaal of die inbreukmaking geregverdig is.

In *Bongopi v Chairman of the Council of State, Ciskei*²⁰³ het die grondwetlikheid van wetgewing wat reeds voor die inwerkingtreding van die Grondwetlike Dekreet op 4

²⁰⁰Op 447D-449D van die verslag.

²⁰¹Sien *Minister of Home Affairs v Collins MacDonald Fisher* [nt 131 hierbo] 328 vir hierdie bekende dictum.

²⁰²Op 450B-D van die verslag.

²⁰³1992 3 SA 250 (CKGD). Alhoewel *Bongopi* vroeër gerapporteer is, is dit ná die *ANC (Border Branch)*-saak beslis.

Maart 1990 in werking was, weer ter sprake gekom. Die applikant het aansoek gedoen vir haar broer se vrylating uit aanhouding, aangesien dié bepaling in die Wet op Nasionale Veiligheid (wat aanhouding sonder verhoor magtig), met die fundamentele regte in die Grondwetlike Dekreet bots en dus nietig is.²⁰⁴

Regter Heath het in sy minderheidsuitspraak (soos in *African National Congress (Border Branch)*) daarop gewys dat 'n oppermagtige grondwet (in dié geval die Grondwetlike Dekreet) nie in die lig van ander wetgewing uitgelê kan word nie, want

this approach, if applied, will destroy the whole purpose and effect of the *human rights Constitution*.²⁰⁵

Alhoewel hy weer na die beginsels van die volkereg²⁰⁶ verwys het, het hy veral twee ander aspekte beklemtoon:

- Ingevolge sy ampseed moet die voorsitter van die Staatsraad nie net die Grondwetlike Dekreet as die hoogste reg in die Ciskei handhaaf en verdedig nie, maar ook die fundamentele regte en vryhede bevorder.²⁰⁷
- Met verwysing na die vermoedens dat die jurisdiksie van die hof nie uitgesluit is nie, en dat wetgewing sover as moontlik in die lig van die gemenereg uitgelê moet word, is die regbank se inherente gemeenregtelike bevoegdheid om die geldigheid van wetgewing te toets, beklemtoon.²⁰⁸

Hoofregter Pickard en waarnemende regter Claassen²⁰⁹ het egter teenoorgestelde opinies gehuldig. Veral die Pickard-uitspraak moet van naderby beskou word.²¹⁰

²⁰⁴ Alhoewel die hof in *African National Congress (Border Branch)* beslis het dat art 26 van die Wet op Nasionale Veiligheid (wat vir aanhouding sonder verhoor voorsiening maak) wel met die fundamentele regte bots, is die bepaling weens tegniese redes nie nietig verklaar nie.

²⁰⁵ Op 276I van die verslag (my kursivering).

²⁰⁶ Op 275C en 277B-F van die verslag.

²⁰⁷ Op 275E-G van die verslag.

²⁰⁸ Op 272H-275A en 278F-279G van die verslag. Sien ook **Du Plessis LM & De Ville JR** 'Bill of rights interpretation in the South African context (2): prognostic observations' (1993) *Stell LR* 199 207 hieroor.

²⁰⁹ Sien veral 256F van die verslag vir WnR Claassen se aanwending van die tradisionele wetsuitlegbenadering:

'If the plain meaning of the words in the Decree limit the scope and ambit of Schedule 6, then so be it.'

²¹⁰ Sien ook **Kruger TJ** 'Positivism: the old warhorse lives on' (1992) *SAPR/PL* 312ff en **Du Plessis & De Ville** (1993b) 207-209 vir kritiese beskouings van die uitspraak.

- Sy uitspraak is op 'n ortodokse en positivistiese uitgangspunt gebaseer:

This court has always stated openly that it is not the maker of laws. It will enforce the law as it finds it. To attempt to promote policies that are not to be found in the law itself or to prescribe what it believes to be the correct public attitudes or standards in regard to those policies is not its function.²¹¹

- Hoofregter Pickard het klaarblyklik nie die aard van fundamentele regte en grondwetlike waardes verstaan nie, want dit word as 'n modegier afgemaak:

Regrettably it seems to me that a social syndrome has developed in recent years to elevate *popular social values, slogans and clichés* to holy cows and to attempt to promote them at all costs into *enforceable norms*. Anything that can be titled a 'Bill of Rights' or 'Fundamental Rights' is presumed to have the power and enforceability that the promoters of these principles would like it to have.²¹²

Die feit dat hierdie waardes nie net uitdruklik in die Grondwetlike Dekreet gepositieer²¹³ is nie, maar ook in groot mate die Suid-Afrikaanse gemenereg onderlê, is nie deur die regter in aanmerking geneem nie. Alhoewel daar nie na *Monnakale* verwys is nie, is daar één treffende ooreenkoms tussen die twee uitsprake: in albei gevalle het die regters blote lippediens aan 'n oppermagtige grondwet bewys, sonder om dit op die konkrete geval toe te pas. Veral hoofregter Pickard se opmerking oor die status van 'n verklaring van fundamentele regte spreek boekdele:

Schedule 6 by itself does not purport to have any power. It is a *mere circumscription of what are to be considered to be fundamental rights*.²¹⁴

- Die feit dat fundamentele grondwetlike waardes as blote riglyne afgemaak word en telkens onderhewig aan die 'bedoeling van die wetgewer' en die duidelike woorde van die wetstek²¹⁵ gestel word, is miskien te wyte aan hoofregter Pickard se ortodokse beskouing van die regbank se rol tydens wets- en grondwetuitleg:

²¹¹Op 265H-I van die verslag.

²¹²Op 265G-H van die verslag (my kursivering). Sien oa Pickard HR se opmerking op 269I dat die fundamentele regte sg *super laws* is, asook Kruger (1992) 315 se kritiek daarop.

²¹³Sien ook Du Plessis & De Ville (1993b) 208.

²¹⁴Op 269H van die verslag (my kursivering). Sien ook in hierdie verband Pickard HR se kritiek (op 268H-269A) op Heath R se minderheidsuitspraak.

²¹⁵Sien bv die verwysings na *the strict wording of the Constitution* en *Venter v R* [nt 158 hierbo] op onderskeidelik 263D, 270F-G van die verslag.

That all of us would wish to see a charter of fundamental human rights enforceable on every level of human activity goes without saying. However, *I do not consider it to be the duty or privilege of this Court to do so if to do so would be against the tenor and meaning of the statute creating those rights and against what the intention of the Legislature appears to be.*²¹⁶

Ná hoofregter Pickard se positivistiese dwaalweg in *Bongopi* het regter Heath daarenteen in *Ntenti v Chairman, Ciskei Council of State*²¹⁷ 'n korrekte metode van grondwetuitleg gevolg. Dié saak is voorafgegaan deur 'n reeks eise om skadevergoeding teen die Ciskeise regering as gevolg van die eisers se arrestasie en aanhouding deur die Ciskeise polisie voor die inwerkingtreding van die Grondwetlike Dekreet in 1990. Alhoewel die regering nie die feite van die eise betwis het nie, het die militêre regering probeer om aanspreeklikheid vry te spring deur die *Definition of State Liability Decree*²¹⁸ af te kondig en terugwerkend van toepassing te maak. Ingevolge artikel 2(1) van die betrokke Dekreet mag geen eis voortspruitend uit enige prosessuele onreëlmatigheid, magismisbruik, nepotisme, wanadministrasie of korrupsie deur enige lid van die vorige administrasie gepleeg, teen die staat ingestel word nie. Artikel 2(2) het bepaal dat 'n sertifikaat, geteken deur die voorsitter van die nuwe Ciskeise Staatsraad, as afdoende bewys sou dien dat 'n eis binne die raamwerk van die omskrywing in artikel 2(1) val. By die indiening van so 'n sertifikaat moes alle hofverrigtinge ten opsigte van só 'n eis onverwyld gestaak word.²¹⁹

Regter Heath se uitspraak het vir die grootste gedeelte uit aanhalings uit *Unity Dow v Attorney-General, Botswana*²²⁰ bestaan, sowel as verwysings na ander regspraak uit Suid-Afrika (oa die tweede *Harris*-saak), Namibië, Botswana, Bophuthatswana (veral *Smith v Attorney-General*), internasionale menseregte, asook die insluiting van die vyf beginsels van grondwetuitleg wat hy in *ANC (Border Region)* geformuleer het. Sekere

²¹⁶Op 265J-266A van die verslag (my kursivering).

²¹⁷1993 4 SA 546 (CkGD). Sien ook oa *S v Qgozo* 1994 2 SA 756 (CkGD) 794A-C, waar Heath R weer eens 'n korrekte benadering van grondwetuitleg gevolg het.

²¹⁸34 van 1990.

²¹⁹Vgl hierdie bepaling met die berugte art 103ter van die Verdedigingswet 44 van 1957. Sien ook *Mweuhanga v Cabinet of the Interim Government of South West Africa* 1989 1 SA 976 (SWA) hieronder.

²²⁰Botswana Court of Appeal (Civil Appeal 4/91). Sien 550A-554G van die verslag.

aspekte van grondwetuitleg word pal beklemtoon (veral dmv aanhalings uit regspraak): 'n oppermagtige grondwet is die hoogste reg en vereis 'n breë, ruim (*generous*) en doeldienende interpretasie; dit is die plig van die regbank om die grondwet te laat groei en ontwikkel om aan die veranderende eise en aspirasies van 'n ontwikkelende gemeenskap te voldoen; die oogmerk van die regte wat beskerm moet word moet binne die raamwerk van die grondwetlike konteks en gemeenskapswaardes bepaal word; en wetgewing is nie selftoepassend (*self-executing*) nie, maar dit word aan die regbank oorgelaat om lewe aan die dooie woorde van wetgewing en grondwette te gee.²²¹

Regter Heath het sy uitgangspunt ten aansien van grondwetuitleg as volg saamgevat:

The Constitution should be interpreted from a broad perspective and it is the source of the fundamental rights and reflects the norms against which other legislation is to be evaluated and tested. This applies to both the government of the day in the legislative process and the Courts in applying and interpreting the laws of the country.²²²

Die regter het verder, met verwysing na *Administrator, Transvaal v Traub*,²²³ daarop gewys dat die terugwerkende uitsluitingsdekreet ook die *audi alteram partem*-reël uitgesluit het.²²⁴ Die gewraakte dekreet was gevolglik nie net nietig omdat dit met die oppermagtige 'grondwet' gebots het nie, maar ook omdat dit in stryd was met die gemeenregtelike reëls van natuurlike geregtigheid.

Veral *Ntenti* is 'n goeie voorbeeld van die regbank se skeppende rol tydens grondwetuitleg: deur middel van 'n onbevange en holistiese gebruik van onder andere internasionale menseregte, die gemeenregtelike reëls van natuurlike geregtigheid en buitelandse regspraak is die fundamentele regte en waardes selfs in die lig van 'n militêre diktator se 'grondwetlike' dekreet beskerm en gehandhaaf. Wat streng gesproke net 'staatsregtelike wetsuitleg' moes gewees het, was uiteindelik 'ware grondwetuitleg', omdat die gepositiveerde fundamentele waardes in die proses geaktiveer en gekonkretiseer is.

²²¹Vgl **Labuschagne** (1989) 206 tov struktuurwette en juridies-geoperasionaliseerde funksiewette (hfst 3 hierbo), asook **Du Plessis** (1988) 22.

²²²Op 555J-556A van die verslag (my kursivering).

²²³1989 4 SA 731 (A) 748G-H.

²²⁴Op 561H-J en 562G-H van die verslag.

(c) Suidwes-Afrika/Namibië vóór onafhanklikheid

Tot voor 1985 was Suidwes-Afrika vir alle praktiese doeleindes 'n provinsie van Suid-Afrika.²²⁵ In 1985 het die gebied ingevolge Proklamasie R101 van 1985 'n gevorderde vorm van selfregering verkry, met 'n Nasionale Vergadering wat op die basis van proporsionele verteenwoordiging verkies is. Die Nasionale Vergadering kon enige wetgewing wat in die gebied van krag was, insluitende Suid-Afrikaanse wetgewing,²²⁶ herroep. Prok R101 het ook 'n beregbare handves van fundamentele regte ingesluit. 'n Hooggeregshof met wye bevoegdhede is in Suidwes-Afrika/Namibië ingestel. Die hof kon die geldigheid van wetgewing van die Nasionale Vergadering toets, asook die bepalings van die handves van fundamentele regte afdwing. Die Suid-Afrikaanse Appèlhof was egter steeds die finale hof van appèl vir die gebied. Dit is gevolglik die kontras tussen die opkomende regterlike aktivisme van die plaaslike hof en die ortodokse metode van wets- en grondwetuitleg van die Suid-Afrikaanse appèlhof wat in hierdie afdeling onder bespreking kom.²²⁷

*S v Angula*²²⁸ was die nuwe hooggeregshof se eerste kennismaking met grondwetuitleg. Die sewe beskuldigdes het op aanklagte ingevolge die Wet op Binnelandse Veiligheid²²⁹ en die Wet op Terrorisme²³⁰ tereggestaan. Beide wette was reeds voor 1985 in Suidwes-Afrika van toepassing. In 'n beswaar *in limine* teen die klagstaat is beweer dat die betrokke bepalings van die wette in SWA ongeldig was, aangesien dit

²²⁵Sien oa **Slonim S** (1973) *South West Afrika and the United Nations: an international mandate in dispute*; **Bjornlund EC** 'The devil's work? Judicial review under a bill of rights in South Africa and Namibia' (1990) 26 *Stanford Journal of International Law* 391ff (veral nt 2 op 392-394); **Wiechers M** 'Namibia: the 1982 Constitutional Principles and their legal significance' (1989/90) *SAYIL* 1ff; **Carpenter** (1989/90a) 22ff; **Wiechers** (1981) 444-502 en **Carpenter** (1987) 418-426 vir 'n volledige oorsig van die politieke en staatsregtelike ontwikkeling van die gebied.

²²⁶Prok R101 het egter sekere beperkings op die Nasionale Vergadering geplaas: ingevolge art 3(2)(a)(i) kon art 38 van die Konstitusie van Suidwes-Afrika 39 van 1968 (wat aan die Staatspresident proklamasiebevoegdhede tov van SWA verleen het) nie herroep word nie; en ingevolge art 17(4) kon die Staatspresident enige wetgewing van die Nasionale Vergadering wat deur die Administrateur-Generaal goedgekeur is, by wyse van proklamasie wysig of herroep.

²²⁷Soos vroeër in hierdie hoofstuk aangetoon, het die Suid-Afrikaanse regbank gedurende hierdie tydperk met 'n permanente noodtoestand te kampe gehad. Sien ook **Cleary SM** 'A bill of rights as a normative instrument: SWA/Namibia 1975-1988' (1988) *CILSA* 291ff.

²²⁸1986 2 SA 540 (SWA).

²²⁹44 van 1950.

²³⁰83 van 1967.

met die bepalings van die handves van fundamentele regte in Prok R101 gebots het. Na 'n bondige uiteensetting van die staatsregtelike ontwikkeling wat Prok R101 voorafgegaan het,²³¹ kom die hof (by monde van Strydom R) tot die gevolgtrekking dat die gewraakte wetgewing in die gebied bly voortbestaan het en die beskuldigdes se beswaar teen die klagstaat is van die hand gewys. Die hof baseer sy beslissing op twee argumente:

- Die Nasionale Vergadering was maar een van drie wetgewers vir SWA en was as sodanig aan die wetgewende bevoegdhede van die Suid-Afrikaanse Parlement en Staatspresident ondergeskik. Gevolglik was Prok R101 nie 'n konstitusie van 'n soewereine wetgewer nie.²³²
- Na 'n deeglike ontleding van die gewone betekenis van die woorde in Prok R101, het die hof bevind dat dit die 'bedoeling van die wetgewer' (in hierdie geval, die Staatspresident) was dat bestaande wetgewing moes voortbestaan totdat dit deur een van die bevoegde wetgewers herroep of gewysig word.²³³

Die beslissing is, oppervlakkig beskou, in orde: Prok R101 was ná 'n oppermagtige grondwet nie en die Nasionale Vergadering was nie die soewereine wetgewer vir die gebied nie. Wat grondwetuitleg betref, is een belangrike kwessie nogtans nooit deur die hof aangespreek nie: watter nut het 'n beregbare handves van fundamentele regte (veral in SWA wat na onafhanklikheid en, in alle waarskynlikheid, na 'n fundamentele regtebedeling, op pad was) indien die regbank nie die bestaande wetgewing daaraan kan toets nie?²³⁴ Indien die regbank nie die fundamentele regte en inherente waardes van so 'n handves ten volle kan handhaaf en beskerm nie, kom die legitimiteit van die handves, en uiteindelik die regsorde, in gedrang. Die noodwendige gevolgtrekking is dat die hof in *Angula* nie grondwetuitleg toegepas het nie, maar slegs 'staatsregtelike wetsuitleg' aan die hand van die tradisionele *plain meaning*-metode.

²³¹Op 543J-544I van die verslag.

²³²Op 544J-545B van die verslag. Volgens die hof (op 547F-H van die verslag) was dit juis hierdie aspek wat die posisie in SWA van dié in Bophuthatswana (en *Marwane*) onderskei het.

²³³Sien veral 545G-H van die verslag.

²³⁴Sien ook **Wiechers M** 'Ring out the old, ring in the new' (1987) *SAJHR* 90 93, wat na s   'n onaf-dwingbare handves as *a piece of window-dressing* verwys.

Dieselfde vraagstuk het kort daarna weer in *S v Heita*²³⁵ ter sprake gekom. Die beskuldigdes is daarvan aangekla dat hulle bepalings van die Wet op Terrorisme, (wat steeds in SWA van krag was), oortree het. Nadat die verhoor begin het, en die saak reeds twee keer uitgestel is, het die beskuldigdes teen die vervolging beswaar aangeteken daar die betrokke bepalings van die Wet met die handves van fundamentele regte in Prok R101 gebots het. Voor hierdie beswaar aangehoor kon word, het die Staatspresident Prok R101 by wyse van Prok R157 gewysig om te bepaal dat geen geregshof in SWA bevoeg was om die geldigheid van enige wet van die Suid-Afrikaanse parlement te toets nie.²³⁶ Die hof moes twee regsrae beantwoord:

- Ten aansien van die terugwerkende uitsluiting van die hof se toetsingsreg, het die hof beslis dat Prok R157 nie net nuwe prosedures geskep het nie. Dit was 'n materiële wysiging wat die hof se jurisdiksie ten opsigte van die geldigheid van wetgewing uitgesluit het. Aangesien die betrokke saak reeds voor die afkondiging van Prok R157 hangende was, was die wysiging gevolglik nie daarop van toepassing nie.²³⁷
- Ten opsigte van die geldigheid van die bepalings van die Wet op Terrorisme, het die hof beslis dat Prok R101 'n spesiale status teenoor ander wetgewing het:

[T]he object of Proc R101 goes far beyond and is much more fundamental than a mere definition of the 'magte en bevoegdhede' of a new legislative assembly. It is a stepping stone towards independence, but not just any independence - an independence *constitutionally established with law and order enshrining fundamental rights*.²³⁸

Die fundamentele regte van die mense van SWA/Namibië loop soos 'n goue draad deur die hele Prok R101.²³⁹ Gevolglik het die hof geweier om die *Angula*-uitspraak te volg en beslis dat die betrokke bepalings van die Wet op Terrorisme by noodwendige implikasie deur Prok R101 herroep is.²⁴⁰

Heita was, wat wets- en grondwetuitleg betref, nietemin nie 'n goeie beslissing nie. Die

²³⁵1987 1 SA 311 (SWA).

²³⁶Prok R157 van 1986.

²³⁷Op 315G-316J van die verslag.

²³⁸Op 319C van die verslag (my kursivering).

²³⁹Op 319H van die verslag.

²⁴⁰Op 325I-J van die verslag.

tradisionele *plain meaning*-benadering is deurgaans gevolg: regter Levy was van mening dat alhoewel voorredes van wette slegs gebruik mag word indien die woorde van die wetsteks 'onduidelik of dubbelsinnig' is, die voorrede van Prok R101 tog as deel van die wetgewing in sy geheel gelees mag word;²⁴¹ en met verwysing na die *loci classici* van tradisionele Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek is daarop gewys dat die woorde van wetgewing in hulle gewone betekenis verstaan moes word.²⁴²

Die waarde van die beslissing is egter daarin geleë dat die hof bereid was om Prok R101 as die essensie tydens die uitlegproses te gebruik: die bepalings van die Wet op Terrorisme is in die lig van die fundamentele regte (wat die ruggraat van Prok R101 gevorm het) beoordeel, en nie andersom nie. Alhoewel die *Heita*-beslissing gekritiseer is,²⁴³ was die hof tog bereid om nie net lippediens aan die handves van fundamentele regte te betoon nie (sg *rights rhetoric*),²⁴⁴ maar om daardie regte te beskerm en te handhaaf.²⁴⁵ In dié opsig het die hof die eerste werklike 'aktivistiese' stap geneem om grondwetlike waardes te vestig.

Na die wysiging van Prok R101 deur prok R157, was die hooggeregshof van SWA slegs by magte om wetgewing van die Nasionale Vergadering en bestaande wetgewing van ander liggame in SWA teen die fundamentele regte in Prok R101 te toets. Indien die kabinet getwyfel het oor die grondwetlikheid van bestaande wetgewing van ander liggame in SWA, kon die hooggeregshof om 'n opinie daaroor genader word.²⁴⁶ In *Ex*

²⁴¹Op 319I-320G van die verslag.

²⁴²*Venter v R* [nt 158 hierbo], *Union Government v Mack* 1917 AD 731 en *Volschenk v Volschenk* 1946 TPD 486 (op 321E van die verslag).

²⁴³Sien bv *Wiechers* (1987) 95:

'Proclamation R101 entrusted the transitional government with sweeping powers and urged it to undertake legislative reform in accordance with the Bill of Fundamental Rights. In the *Heita* judgment, deeply impressed by this urgent task, the Court took it upon itself to effect immediate reform. By doing so, it discarded its own warning that "Courts of law should not legislate" (at 325D), as well as that of Hiemstra CJ in *Smith v Attorney-General, Bophuthatswana* 1984 1 SA (B) at 200C that a Court "has to exercise its powers of controlling legislation with a scalpel and not with a sledgehammer".'

²⁴⁴Sien ook *Corder H* 'Crowbars and cobwebs: executive autocracy and the law in South Africa' (1989) *SAJHR* 1 23:

'Rights-talk is cheap and ephemeral, rights culture much more arduous to achieve but enduring.'

²⁴⁵Sien oa *Bjornlund* (1990) 416 en 433.

²⁴⁶Art 19(2) van Prok R101.

*Parte Cabinet for the Interim Government of South West Africa: In re Advisory Opinion in terms of s 19(2) of Proc R101 of 1985 (RSA)*²⁴⁷ moes die hof 'n mening uitspreek oor die grondwetlikheid van 'n bestaande proklamasie van die Administrateur-Generaal.²⁴⁸ Die betrokke proklamasie het voorsiening gemaak vir elf ras- en etniesgebaseerde verteenwoordigende liggame vir die onderskeie bevolkingsgroepe in Suidwes-Afrika. In die lig daarvan dat die mense van SWA geen keuse gehad het oor die bevolkingsgroep waaraan hulle behoort het nie, het die hof beslis dat die ongelyke verdeling van administratiewe en finansiële bronne onder die onderskeie liggame inbreuk maak op die fundamentele reg dat alle persone voor die reg gelyk is. Die uitspraak het 'n aantal belangrike rigtingwysers vir toekomstige grondwetuitleg bevat:

- Die besondere aard van die handves van fundamentele regte in Prok R101 het vereis dat verskillende uitlegreëls daarop van toepassing moet wees. In die proses het die hof ook erkenning verleen aan die grondwetlike waardes wat die fundamentele regte rugsteun:

The object is to ascertain the *spirit* of the various provisions of a Bill of Rights, as revealed by the language used, and to avoid the pitfalls of rigid literalism.²⁴⁹

Die hof het egter nie die agterliggende 'ongeskrewe' waardes van die fundamentele regte in die teks van die handves vervat, ondersoek nie.²⁵⁰

- Aangesien fundamentele regte 'n unieke uitlegmetodiek verg, was die hof bereid om statistiese, finansiële, sosiologiese en ander getuienis oor die etniesgebaseerde verteenwoordigende liggame toe te laat.²⁵¹
- Alhoewel die hof nie die betrokke proklamasie ongeldig mag verklaar het nie, is daar aangedui dat dit onmoontlik sou wees om net die ongrondwetlike gedeeltes van die proklamasie te vervang, en dat die hele proklamasie gebrekkig was.²⁵²

²⁴⁷1988 2 SA 832 (SWA).

²⁴⁸Prok AG 8 van 1980.

²⁴⁹Op 853E van die verslag.

²⁵⁰In dié verband, sien oa **Kruger** (1991a) 229ff tov die 'ongeskrewe teks' van 'n grondwet; **Wiechers** (1985b) 383ff tov die *fundamental laws behind the constitution*.

²⁵¹Op 856F-J. Hierdie getuienis is soortgelyk aan die sg *Brandeis brief* in die VSA en dit is heel waarskynlik die eerste keer dat dit as sodanig in 'n Suider-Afrikaanse hof toegelaat is. **Lamer A** 'Canada's legal revolution: judging in the age of the Charter of Rights' (1994) 28 *Israel LR* 579 582 verwys daarna as *social fact evidence*.

²⁵²Op 867A-C van die verslag. In die lig van die kritiek teen *Heita* (sien nt 243 hierbo) sou die wetgewer hierdie proklamasie slegs met 'n voorhamer (en nie 'n skalpel nie) grondwetlik kon gemaak het!

In ander sake wat voor die hooggeregshof van SWA gediën het, is ook verdere belangrike riglyne vir grondwetuitleg neergelê. In *Cabinet for the Interim Government of South West Africa v Bessinger*²⁵³ is die applikante weens weerhouding van inligting ingevolge die Wet op Terrorisme aangehou. Hulle aansoek om 'n *interdictum de homine libero et exhibendo* is in die hof *a quo* goedgekeur. By appèl is die appèl van die hand gewys. Waarnemende regter Henning het in sy uitspraak die fundamentele regte in Prok R101 uitdruklik aan die materiële regstaat gekoppel. Hy het daarop gewys dat die handhawing en nastrewing van materiële geregtigheid die oogmerk van die regstaat (as geregtigheidstaat) is, en dus hoort fundamentele regte by die materiële regstaat tuis.²⁵⁴

Hierna het die statutêre uitsluiting van die howe se hersieningsbevoegdheid weer voor die howe gediën. Ingevolge die berugte artikel 103*ter*²⁵⁵ van die Verdedigingswet²⁵⁶ kon geen siviele- of strafregtelike geding teen die Staat, die Staatspresident, die Minister van Verdediging, 'n lid van die SA Weermag of enige staatsamptenaar op grond van enige *bona fide*-optrede in enige operasionele gebied tydens die voorkoming of onderdrukking van terrorisme ingestel of voortgesit word nie. Indien sodanige verrigtinge reeds ingestel is, kon die Staatspresident (ogv 'n verslag van die Minister van Verdediging) 'n sertifikaat uitreik wat verklaar dat die optrede *bona fide* was en die Minister van Justisie opdrag gee om die verrigtinge te staak. Die hersieningsbevoegdheid van die howe om die geldigheid van sodanige sertifikate te ondersoek, is ook uitdruklik uitgesluit. Hierdie bepaling het in beide *Mweuhanga v Cabinet of the Interim Government of South West Africa*²⁵⁷ en *Shifidi v Administrator-General for South West Africa*²⁵⁸ ter sprake gekom. In albei sake het is die hof deur familieleden van vermoorde persone genader, nadat die vervolgings gestaak is omdat die Staatspresident by wyse van sertifikaat aangedui het dat die beskuldigdes se optrede *bona*

²⁵³1989 1 SA 618 (SWA).

²⁵⁴Op 629I-631I van die verslag.

²⁵⁵Sien oa **Carpenter G** "Interference" with the judicial process: a case of conceptual confusion' (1988) *SAPR/PL* 244ff oor dié bepaling.

²⁵⁶44 van 1957.

²⁵⁷[Nt 219 hierbo]. Sien ook **Carpenter G** 'Section 103*ter* of the Defence Act: the sequel' (1989) *SAPR/PL* 246ff en **Carpenter G** 'Pre-independence Namibia: conscription and human rights' (1988/89) *SAYIL* 157 159-161.

²⁵⁸1989 4 SA 631 (SWA). Sien ook **Van der Vyver JD** 'The State President and indemnity under the Defence Act' (1988) *SAJHR* 153ff.

fide was.²⁵⁹ In weerwil van die uitsluitingsklousule het die hof in beide gevalle die Staatspresident se sertifikaat ongeldig verklaar. In die lig van die feite van die sake is bevind dat die Staatspresident nie behoorlike aandag aan die vraag of die beskuldigdes *bona fide* opgetree het, kon gee het nie.²⁶⁰

Alhoewel hierdie sake nie oor die fundamentele regte in Prok R101 en grondwetuitleg gehandel het nie, dui dit tog op 'n wyer geregtighedsgerigte²⁶¹ en 'aktivistiese' benadering van die howe in SWA, ook ten opsigte van gewone beginsels van wetsuitleg en die administratiefreg.²⁶²

In *Namibian National Students' Organisation v Speaker of the National Assembly for South West Africa*²⁶³ moes die hof beslis of sekere bepalinge van die Wet op die Beskerming van Fundamentele Regte²⁶⁴ strydig was met die fundamentele regte in Prok R101 (oa vrye meningsuiting en die vermoede van onskuld). Die bepalinge het sekere optredes wat daarop gemik is om opvoedkundige instellings te ontwig, strafbaar gestel, tensy die beskuldigdes geldige redes daarvoor kon aantoon. Die meerderheid van die hof het bevind dat die bepalinge wel op die fundamentele regte inbreuk gemaak het. In sy minderheidsuitspraak het regter Mouton 'n verstommende stelling oor die omgekeerde bewyslas (*inverted onus of proof*) in die gewraakte bepaling kwytgeraak:

[F]ar from inverting the onus, this deeming provision affords an opportunity to the accused to put facts to the court which are peculiarly within his knowledge and which create a defence open to him.²⁶⁵

²⁵⁹In *Shifidi* se geval is die oorledene tydens 'n politieke byeenkoms deur lede van 101 Bataljon van die SWA gebiedsmag (wat opdrag gehad het om die vergadering te ontwig) vermoor; in *Mweuhanga* se geval is die oorledene buite 'n smokkelkroeg deur lede van 'n weermagpatrolie doodgeskop.

²⁶⁰Beide sake het breedvoerige besprekings oor die reëls van die administratiefreg (oa *ultra vires*, onredelikheid, *locus standi*, diskresie-uitoefening en jurisdiksionele feite) bevat wat buite die omvang van hierdie studie val.

²⁶¹Vgl hierdie benadering met dié van die Suid-Afrikaanse howe in die algemeen tydens die noodtoestand (hierbo).

²⁶²Sien **Strydom GJC** 'A bill of rights and "value judgments" vs positivism: the Namibian experience' in Kruger & Currin (reds) (1994) *Interpreting a bill of rights* 95 se stelling dat beide hierdie beslissings op 'n aktivistiese rol van die regbank dui.

²⁶³1990 1 SA 617 (SWA).

²⁶⁴16 van 1988 (SWA)

²⁶⁵Op 638J van die verslag (my kursivering).

Die hof het wel regsvergelyking toegepas en daar is veral op die Amerikaanse²⁶⁶ en Kanadese regsbeginsels van vryheid van spraak gekonsentreer, maar geen aandag is aan Europese regsbeginsels geskenk nie.

Die Suid-Afrikaanse appèlhof het veral in drie gevalle ook by vraagstukke rondom Prok R101 betrokke geraak, maar in twee daarvan was dit nie eens vir die hof nodig om grondwetuitleg toe te pas nie. In *Interim Government for South West Africa v Katofa*²⁶⁷ het die hof die *Heita*-beslissing verwerp en beslis dat die fundamentele regte in Prok R101 nie op bestaande (voor-1985) wetgewing van toepassing is nie en daarmee enige grondwetuitleg vermy. Gevolglik is die geldigheid van die Suid-Afrikaanse veiligheids-wetgewing in SWA nie in die lig van die fundamentele regte beoordeel nie. In *Cabinet of the Transitional Government for Territory of South West Africa v Eins*²⁶⁸ het die hof ook grondwetuitleg vermy deur te beslis dat die respondent nie *locus standi* gehad het om die aansoek om nietigverklaring van sekere wetgewing te rig nie.

In *Cabinet for the Territory of South West Africa v Chikane*²⁶⁹ moes die hof oor die grondwetlikheid van artikel 9 van die *Residence of Certain Persons in South West Africa Act*²⁷⁰ beslis. Dié bepaling het persone verbied om SWA binne te gaan indien hulle 'n bedreiging vir die veiligheid, die handhawing van die openbare orde of die rasseharmonie in die gebied sou wees. Die respondent, 'n Suid-Afrikaanse kerkleier, wou SWA vir 'n konferensie van die Namibiese Raad van Kerke besoek, maar is ingevolge die betrokke bepaling toegang tot die land geweier. Die hof moes oor twee regsvrae uitsluitel gee:

- Daar is aangevoer dat artikel 9 met die diskriminasieverbod van die fundamentele regte in Prok R101 bots, omdat daar 'n onredelike onderskeid getref is tussen verskillende kategorieë persone (bv staatsamptenare en persone binne SWA gebore, is van die bepaling uitgesluit). Die hof het beslis dat aangesien die

²⁶⁶Sien hfst 5 hieronder tav die gebrek aan 'n algemeen-aanvaarde model van grondwetuitleg in Amerika.

²⁶⁷1987 1 SA 695 (A).

²⁶⁸1988 2 SA 369 (A).

²⁶⁹1989 1 SA 349 (A).

²⁷⁰33 van 1985 (SWA).

redelikheid van die onderskeid in hoofsaak 'n feitevraag is, en die respondente nie enige relevante feite voor die hof geplaas het nie, die geskil benader moet word asof die feite teen die respondente sou wees. **Kruger** kritiseer hierdie argument van die hof as onbillik:

[O]mdat daar nie ... feite voor die hof geplaas is nie, kan die hof nie beslis dat die onderskeid wat in artikel 9 gemaak word, ongrondwetlik is nie; of die applikante in ieder geval toegelaat sou gewees het om getuienis voor die hof te plaas, is onseker en die vraag word onbeantwoord gelaat - omdat daar nie feite voor die hof geplaas is nie.²⁷¹

- Verder moes die hof beslis of die *audi alteram partem*-reël deur artikel 9 van die Wet uitgesluit is.²⁷² Aangesien daar geen uitdruklike aanduiding in die bepaling was of die reël uitgesluit was of nie, het die hof die *ut res magis valeat quam pereat*-reël gebruik: in gevalle van twyfel word die uitleg gevolg wat die bepaling geldig sal laat. Indien die hof wel sou bevind het dat die *audi alteram partem*-reël uitgesluit was, sou die bepaling noodwendig ongrondwetlik en ongeldig gewees het.²⁷³ Die probleem is egter dat die hof die vermoede teen kragteloze bepalings net op die betrokke wetsartikel toegepas het en dus by implikasie reeds 'n keuse ten gunste daarvan uitgeoefen het, sonder om dit aan die hand van die fundamentele regte in Prok R101 te toets.²⁷⁴ Gevolglik was daar nie sprake van grondwetuitleg nie.

Uit voorgaande bespreking is twee duidelike uitgangspunte te bespeur:

- Wat Prok R101 betref, het die Suid-Afrikaanse Appèlhof meesal van die tradisionele wetsuitlegmetode gebruik gemaak, en in die proses is Prok R101 nooit as 'n oppermagtige grondwet hanteer nie. Die fundamentele waardes en regte wat Prok R101 ondersteun het, het nie werklik ter sprake gekom nie.
- In teenstelling met die Suid-Afrikaanse Appèlhof se ortodokse uitgangspunt, het die hooggeregshof in SWA Prok R101 nie net as 'n blote proklamasie van die

²⁷¹**Kruger** (1990) 212. Sien ook **Carpenter** (1988/89) SAYIL 161-166.

²⁷²Sien oa **Carpenter G** 'Fundamental rights, security legislation and the *audi alteram partem* rule' (1989) *SAPR/PL* 87ff hieroor.

²⁷³Op 371J-372A van die verslag. Vgl ook die *reading down*-klousule (art 35(2)) in die 1993-Grondwet, wat 'n soortgelyke beginsel tov grondwetuitleg voorskryf.

²⁷⁴**Kruger** (1990) 214.

Suid-Afrikaanse regering beskou nie, maar dit as die ontwikkelende oppermagtige grondwet beskou. Deur middel van 'aktivistiese'²⁷⁵ uitsprake is die fundamentele waardes en regte nie net gehandhaaf nie, maar ook gevestig. Aangesien dit 'n waarde-aktiverende aktiwiteit was, het die hooggeregshof in SWA nie 'staatsregtelike wetsuitleg' toegepas nie, maar ware grondwetuitleg: in *Heita* het die hof in die lig van die agtergrond van Prok R101 op aktivistiese wyse beslis dat die feit dat SWA nie 'n soewereine onafhanklike staat is nie, nie 'n deurslaggewende faktor tydens die uitleg en toepassing van fundamentele regte mag wees nie; en in *Bessinger* is die onlosmaaklike verband tussen die beskerming van fundamentele regte en die materiële regstaat beklemtoon.

Uiteindelik is die waarde van die 'aktivistiese' uitsprake in SWA dáárin geleë dat die howe bereid was om tydens wetsuitleg (en dus regsaaanwending) verby die blote 'letter van die wet' na sekere fundamentele waardes en regte in die regsorde te kyk en te streef:

[I]n those cases where the South African Appellate Division strictly construed the procedural provisions of Proc R101 to mean that the Namibian Bill of Rights was not justiciable and could not be made a basis for judicial review, Namibian judges looked for other ways to limit official power. Even without the express power of judicial review over Acts of Parliament, such judges could use the language of fundamental rights to attack repressive administrative actions and offensive statutes and to justify decisions in favour of individual rights.²⁷⁶

²⁷⁵**Strydom** (1994) 95 wys nietemin daarop dat nie alle uitsprake van die SWA hooggeregshof noodwendig 'aktivisties' was nie.

²⁷⁶**Bjornlund** (1990) 433.

4.4 NÁ PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT: GRONDWETUITLEG IN SUID-AFRIKA SEDERT 27 APRIL 1994

(a) Die (tussentydse) 1993-Grondwet

□ Algemeen

In hierdie afdeling word die Suid-Afrikaanse regbank se benadering tot grondwetuitleg en die rol van die hof in 'n materiële regstaat sedert die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet ondersoek. Daar word slegs op 'n beperkte aantal sake²⁷⁷ gekonsentreer om die hof se uiteensetting van die algemene beginsels van grondwetuitleg (met besondere verwysing na die grondwetlike waardes) te ondersoek.

Met die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet op 27 April 1994 het 'n nuwe tydvak vir die regspleging in Suid-Afrika aangebreek: die Grondwet is die hoogste reg in die regsorde, en die hof het 'n uitdruklike hersieningsbevoegdheid (*constitutional review*) om alle wetgewing en owerheidshandeling teen die bepalinge van die Grondwet te toets.²⁷⁸ Artikel 229 van die Grondwet bepaal dat alle wetgewing wat vóór die inwerkingtreding van die Grondwet in die nasionale grondgebied van krag was, bly voortbestaan totdat dit deur 'n bevoegde gesag herroep of gewysig word. Ingevolge artikel 35(3) moet 'n hof²⁷⁹ tydens die uitleg van alle wetgewing en die toepassing en ontwikkeling van die gemenereg en gewoontereg die gees, strekking en oogmerke van die fundamentele regte in ag neem. Alhoewel net die Konstitusionele Hof²⁸⁰ (eksklusief van nasionale wetgewing), en die verskillende afdelings van die Hooggeregshof jurisdiksie oor die geldigheid van nie-parlementêre wetgewing het, het artikel 35(3) nietemin

²⁷⁷Dit sou 'n onbegonne taak wees om al die konstitusionele beslissings sedert 1994 te bespreek: die Konstitusionele Hof alleen het sedert sy eerste sitting in 1995 reeds 37 uitsprake (insluitende *Mhlomi v Minister of Defence* CCT/29/95 op 1996/09/16) gelewer.

²⁷⁸Arts 4 en 7(2) van die 1993-Grondwet.

²⁷⁹Art 39(2) van die 1996-Grondwet verwys na *every court, tribunal or forum*.

²⁸⁰In die lig van die regbank se gebrek aan legitimiteit in die algemeen, en die Appèlhof se sg *executive minded*-uitsprake gedurende veral die tagtigerjare, het die totstandkoming van 'n gespesialiseerde grondwetlike hof om die finale arbiter oor 'n oppermagtige grondwet te wees nie as 'n verrassing gekom nie. Sien oa **Claassen CJ** 'The functioning of the Constitutional Court (1994) *THRHR* 412 415-417; **Kruger TJ** 'Die regbank in 'n nuwe Suid-Afrika' (1991) *Stell LR* 352ff; **Sachs A** 'Towards a bill of rights in a democratic South Africa' (1990) *SAJHR* 1ff en **Asmal K** 'Constitutional courts: a comparative survey' (1991) *CILSA* 315ff vir argumente vir en teen 'n afsonderlike grondwetlike hof, asook die samestelling daarvan.

tot gevolg dat alle houe in die toekoms grondwetuitleg sal moet toepas. Alhoewel die laerhoue nie jurisdiksie ten opsigte van die geldigheid van wetgewing het nie, het hulle 'n diskresie om vrae oor die geldigheid van wetgewing na die Konstitusionele Hof of die Hooggeregshof vir 'n beslissing daaroor te verwys.²⁸¹ Ten einde hierdie diskresie uit te oefen, sal die laerhoue noodwendig 'n mate van grondwetuitleg moet toepas. Die Appèlhof, daarenteen, het alle jurisdiksie oor die uitleg en toepassing van die Grondwet verloor.²⁸²

□ Die Hooggeregshof

Ingevolge artikel 101 van die 1993-Grondwet behou die Hooggeregshof nie net sy inherente jurisdiksie nie, maar verkry ook jurisdiksie ten opsigte van die volgende aspekte van grondwetlike toetsing:²⁸³

- enige skending of dreigende skending van 'n fundamentele reg in Hoofstuk 3 van die Grondwet verskans;
- enige geskil oor die grondwetlikheid van 'n uitvoerende of administratiewe handeling, of 'n dreigende uitvoerende of administratiewe handeling;
- enige ondersoek na die grondwetlikheid van enige wetgewing (behalwe 'n parlamentswet),²⁸⁴ ongeag of die wetgewing voor of na die inwerkingtreding van die Grondwet verorden is;
- enige grondwetlike geskil tussen plaaslike owerhede, of tussen 'n plaaslike owerheid en 'n provinsiale regering;
- die grondwetlikheid van 'n wetsontwerp voor 'n provinsiale wetgewer;
- die beslissing van vrae of 'n aangeleentheid binne sy jurisdiksie val;
- enige ander aangeleentheid wat deur 'n wet van die Parlement aan hom toevertrou word.

²⁸¹Art 103(3) van die 1993-Grondwet. Sien ook **Claassen** (1994) 436-438, en veral **Breitenbach** (1995) 1-7 oor die grondwetlike jurisdiksie van die onderskeie houe.

²⁸²Arts 101(5) en 102(12) van die 1993-Grondwet.

²⁸³Sien **Claassen** (1994) 412-419 en 425-436 tav die Hooggeregshof se grondwetlike jurisdiksie.

²⁸⁴Ingevolge art 101(6) van die 1993-Grondwet het die Hooggeregshof wel jurisdiksie oor die geldigheid van 'n parlamentswet mits albei partye tot die geding daartoe ingestem het, en dit nie 'n grondwetlike appèl is nie. Sien oa **Breitenbach** (1995) 19-20 hieroor.

Indien artikels 98(2) en 101(3) van die 1993-Grondwet saamgelees word, het die Konstitusionele Hof en Hooggeregshof konkurrente jurisdiksie oor die volgende aangeleenthede:

- enige skending of dreigende skending van 'n fundamentele reg in Hoofstuk 3 van die Grondwet verskans;
- enige geskil oor die grondwetlikheid van 'n uitvoerende of administratiewe handeling, of 'n dreigende uitvoerende of administratiewe handeling;
- enige ondersoek na die grondwetlikheid van enige wetgewing (behalwe 'n parlements wet);
- enige grondwetlike geskil tussen plaaslike owerhede, of tussen 'n plaaslike owerheid en 'n provinsiale regering;
- die grondwetlikheid van 'n wetsontwerp wat voor 'n provinsiale wetgewer dien.

As gevolg van die uitgerekte aanstellingsprosedure²⁸⁵ van die regters van die Konstitusionele Hof, het dié hof byna 'n jaar na die inwerkingtreding van die Grondwet eers met sy werksaamhede begin.²⁸⁶ Intussen moes die Hooggeregshof binne die beperkinge van sy jurisdiksie talle grondwetlike uitsprake lewer.

Twee van die mees uitstaande uitsprake oor grondwetuitleg is kort na die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet in die Oos-Kaapse afdeling deur regter Froneman gelewer. Dié twee uitsprake het, wat grondwetuitleg betref, nie net 'n behoorlike begrip van en onberispelike insig in die fundamentele aard van die Grondwet getoon nie, maar ook die skeppende rol van die regbank binne die regsorde beklemtoon. In *Qozoleni v Minister of Law and Order*²⁸⁷ het die hof gewaarsku dat die deurslaggewende rol wat die gepositiveerde grondwetlike waardes tydens grondwetuitleg behoort te speel, nie uit die oog verloor moet word in 'n poging om 'n konseptuele raamwerk vir grondwetuitleg te formuleer nie:

²⁸⁵Gereël deur art 99 van die 1993-Grondwet.

²⁸⁶Op 8 Februarie 1995 het die Konstitusionele Hof *Practice Directive No 1*, wat oa oor die aanspreekvorms van die regters en ander praktiese reëlins gehandel het, uitgereik.

²⁸⁷1994 3 SA 625 (OK).

In my view it serves little purpose to characterise the proper approach to constitutional interpretation as liberal, generous, purposive or the like. These labels do not in themselves assist in the interpretation process and carry the danger of introducing concepts or notions associated with them which may not find expression in the Constitution itself. *Far more useful it is to recognise that, because the Constitution is the supreme law of the land against which all law or conduct is to be tested, it must be examined with a view to extracting from it those principles or values against which such law or conduct can be measured.*²⁸⁸

Hy het dan ook uitdruklik die waarde-aktiverende rol van die regbank erken:

If the Constitution is to fulfil its stated purpose, it must not only be interpreted in such a manner as to give clear expression to the values it seeks to nurture for a future South Africa, but this should be done in a way which makes it a living document for all the citizens of the country, and not only for the chosen few who deal with it in courts of law.²⁸⁹

In *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*²⁹⁰ was regter Froneman genoodsaak om regterlike regsforming toe te pas om verdere skending van fundamentele regte te voorkom. Die hof moes besluit of die vraag oor die grondwetlikheid van artikel 65 van die Landdroshofwet²⁹¹ na die Konstitusionele Hof verwys moet word, en of die applikante hangende die Konstitusionele Hof se beslissing uit aanhouding vrygelaat moet word. In sy uitspraak het die regter daarop gewys dat aangesien die Grondwet oppermagtig is, en die wetgewer nie meer soewerein is nie, kan die sogenaamde 'bedoeling van die wetgewer' en die letterlike betekenis van die wetgewing nie langer tydens grondwetuitleg gebruik word nie: grondwetuitleg het met die identifisering en toepassing van die grondwetlike waardes te doen. Wetgewing en administratiewe handeling moet nou teen die waardes in die Grondwet getoets word, en dit is die howe se verantwoordelikheid om aan daardie waardes beslag te gee.²⁹² Die hof het besluit om die grondwetlikheid van die betrokke bepaling na die Konstitusionele Hof te verwys, maar dat die applikante intussen uit aanhouding vrygelaat moet word, aangesien die Grondwet se inherente waardes daardeur gedien sal word.²⁹³ Die hof het nietemin daarop gewys dat alhoewel slegs die Konstitusionele Hof 'n wet van die

²⁸⁸Op 633G-I van die verslag (my kursivering).

²⁸⁹Op 634F-G van die verslag.

²⁹⁰1994 4 SA 592 (SO).

²⁹¹32 van 1944.

²⁹²Op 597F-I van die verslag.

²⁹³Op 599G-J van die verslag.

Parlement ongrondwetlik kan verklaar, die Hooggeregshof tog in 'n mate oor die grondwetlikheid van só 'n wet moet beslis voordat dit na die Konstitusionele Hof verwys word.²⁹⁴ Regter Froneman het hierdie 'kreatiewe' uitleg van die Grondwet met die volgende (nou reeds bekende) *dictum* onderskryf:

The values and principles contained in the Constitution are, and could only be, formulated and expressed in wide and general terms, because they are to be of general application. In terms of the Constitution the Courts bear the responsibility of giving specific content to those values and principles in any given situation. In doing so, Judges will invariably 'create' law. For those steeped in the tradition of parliamentary sovereignty, the notion of Judges creating law, and not merely interpreting and applying the law, is an uncomfortable one. Whether that traditional view was ever correct is debatable, but the danger exists that it will inhibit Judges from doing what they are called upon to do in terms of the Constitution. This does not mean that Judges should now suddenly enter into an orgy of judicial law-making, but that they should recognise that their function of judicial review, based on the supremacy of the Constitution, should not be hidden under the guise of simply seeking and giving expression to the will of the majority in Parliament.²⁹⁵

Ongelukkig het die waarskuwing in *Qozoleni* teen konseptuele kategorisering meesal op dowe ore geval. Alhoewel daar in ander uitsprake²⁹⁶ ook na die waardes wat die Grondwet rugsteun, verwys is, is daar eerder aan die verskil tussen *liberal*, doeldienende en *generous* grondwetuitleg aandag geskenk. In *Phato v Attorney-General, Eastern Cape*²⁹⁷ het regter Jones daarop gewys dat alhoewel die Grondwet buigsaam en doeldienend uitgelê moet word, doeldienend nie noodwendig sinoniem is aan *liberal* of *generous* nie. In *S v Majavu*²⁹⁸ het regter Heath nietemin ook 'n waarde-aktiverende benadering tydens grondwetuitleg beklemtoon.²⁹⁹ Alhoewel artikel 101(3) van die Grondwet nie na die hooggeregshowe van die voormalige TBVC-lande verwys nie, het die hof die Romeins-Hollandse beginsel van analogiese uitleg bó die Engelsregtelike *casus omissus*-reël gebruik en beslis dat die Ciskeise Hooggeregshof wel jurisdiksie het om oor 'n beweerde skending van die fundamentele regte in Hoofstuk 3 te beslis.³⁰⁰

²⁹⁴Op 600C-D van die verslag.

²⁹⁵Op 597I-598B van die verslag.

²⁹⁶In *S v Shangase* 1995 1 SA 425 (D) 432F het die hof ook daarop gewys dat die regbank die waardes en vryhede wat in die Grondwet vervat is, moet bevorder, maar hierdie waardes is aan die bedoeling van die opstellers (*framers*) gekoppel.

²⁹⁷1995 (1) SA 799 (E) 810C.

²⁹⁸1994 4 SA 268 (CK).

²⁹⁹Op 307D-E van die verslag. Op 310C-D het die regter dit beklemtoon dat dit die hof se plig is om waarde-oordele te maak.

³⁰⁰Op 291I-J van die verslag. Sien **Devenish GE** 'A critical analysis of constitutional interpretation in certain judgments of the Constitutional Court' (referaat gelewer tydens die kongres van die Vereniging van

In die proses het regter Heath aangetoon dat óók hy die normatiewe onderbou van die Grondwet ter harte neem:

[T]he South African Constitution is a basic-values-oriented Constitution concerned with the *substance of values and rights*.³⁰¹

In *Magano v District Magistrate, Johannesburg (1)*³⁰² is beslis dat dit die hof se taak is om, wat die aard en omvang van die fundamentele regte betref, 'n balans tussen onbuigsaamheid en onsekerheid te verkry. In *Khala v Minister of Safety and Security*³⁰³ het regter Myburgh na 'n wye spektrum gesag oor grondwetuitleg verwys, sonder om 'n duidelike rigtinggewende standpunt te formuleer: waardes, doeldienende uitleg, *generous interpretation* en die dinamiese aard van 'n oppermagtige grondwet is op 'n lukrake wyse aangehaal.³⁰⁴

Regter Marais het in *Nortje v Attorney-General, Cape*³⁰⁵ teen die kategorisering van grondwetuitlegbenaderings gewaarsku.³⁰⁶ Hy het verder daarop gewys dat die dinamiek daarvan een van die grootste verskille tussen wets- en grondwetuitleg is:

By and large, therefore, it is no doubt correct to say that *the constraints imposed by the traditional rules of interpreting statutes* result in too restrictive and 'legalistic' an approach to legislation of this kind and will frustrate both contemporary and future Courts' efforts to accommodate changing social dynamics over the years.³⁰⁷

In *Gardener v Whitaker*³⁰⁸ (waar die terugwerkende krag en die horisontale werking van die fundamentele regte in die Grondwet ter sprake gekom het) het regter Froneman die uitwerking van die grondwetlike waardes op die regsorde as geheel beklemtoon:

But the Constitution is also concerned that the entire legal system, including the common law and customary law, should accord with the broader values of the Constitution.³⁰⁹

Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, Universiteit van Wes-Kaapland, Januarie 1996, hieroor.

³⁰¹Op 307C van die verslag (my kursivering).

³⁰²1994 4 SA 169 (W) 171E-F.

³⁰³1994 4 SA 218 (W).

³⁰⁴Op 222C-224C van die verslag. Sien ook *Government of the Republic of South Africa v 'Sunday Times' Newspaper* 1995 2 SA 221 (T) 225A, waar die hof met die effens verwarrende standpunt in *Khala* saamgestem het.

³⁰⁵1995 2 SA 460 (K).

³⁰⁶Op 472F-G van die verslag.

³⁰⁷Op 471I van die verslag (my kursivering).

³⁰⁸1995 2 SA 672 (OK).

³⁰⁹Op 684E van die verslag. Sien ook die verwysing na die Grondwet se *deepest norms* op 684G.

Regter Froneman het nogtans gewaarsku dat die Grondwet nie noodwendig 'n radikale breuk met alle regstradisies vereis nie. Die Romeins-Hollandse reg was (en is) inherent 'n billikheidsgerigte regstelsel, en die Grondwet het die gemenereg uit die beperkinge van geïnstitusioneerde rassediskriminasie bevry.³¹⁰ Die verband wat tussen die gemenereg se inherente billikheidsgrondslag en die grondwetlike waardes gelê is, sluit by **Kruger** se standpunt oor die 'ongeskrewe teks' van die Grondwet aan:

Die 'ongeskrewe teks' van die grondwet kan gevolglik omskryf word as daardie agterliggende, onderliggende en geïmpliseerde waardes wat om (regs)historiese en (regs)tradisionele redes, maar ook vanweë die aard van die grondwetlike regsorde wat deur die grondwet self ingestel word, implisiet deel van die grondwet uitmaak.³¹¹

Seker een van die mees 'aktivistiese' uitsprake oor die rol van die howe ten opsigte van die grondwetlike waardes, was dié van regter Friedman in *Baloro v University of Bophuthatswana*.³¹²

[D]ue cognisance must also be taken of the underlying ideals, principles and concepts. These factors implicitly influence those who operate within the said system. In terms of s 35 the Courts, and I deal here specifically with Judges, are cast in the additional role of social engineers, social and legal philosophers in order to 'promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality'.³¹³

Hy het nie net die fundamentele grondwetlike waardes as 'n riglyn tydens grondwetlike toetsing beskou nie, maar dit onomwonde gestel dat die regbank ook aktief by die vestiging van waardes in die regsorde betrokke moet wees:

This Constitution has a dynamic tension because its aims and purport are to *metamorphose South African society* in accordance with the aims and objects of the Constitution. In this regard it cannot be viewed as an inert and stagnant document. It has its own inner dynamism, and the Courts are charged with effecting and generating changes.³¹⁴

Artikel 35 van die Grondwet verplig die regbank om betrokke te raak by die verandering van die Suid-Afrikaanse gemeenskap. Die Grondwet funksioneer nie outomaties en meganies nie: die regbank is die instrument waarmee die gees en strekking van die grondwetlike waardes geaktiveer word én toepassing vind. Die rol van die regbank is

³¹⁰Op 685F-G van die verslag.

³¹¹**Kruger** (1991) 233-234. Sien ook **Dugard** (1991) 203 en *S v Ebrahim* [nt 94 hierbo] in dié verband.

³¹²1995 4 SA 197 (B). Sien ook **Mbao MLM** 'The province of the South African bill of rights determined and redetermined: a comment on the case of *Baloro v University of Bophuthatswana*' (1996) *SALJ* 33ff vir 'n volledige bespreking van die beslissing.

³¹³Op 244A-B van die verslag.

³¹⁴Op 241B van die verslag (my kursivering).

derhalwe nie net tot uitleg beperk nie, maar sluit noodwendig die skepping van nuwe reg in. Artikel 35 verleen aan die regters die bykans gevolmagtigde (*plenipotentiary*) bevoegdheid om volgens die beginsels van die natuurreg, billikheid (*equity*), regverdigheid en natuurlike geregtigheid te beslis. In dié verband beteken die bevordering van die grondwetlike waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing stut (art 35(1)) ook om die waardes te ontwikkel (*develop*), te ondersteun en te laat vorder (*further* en *advance*), te versprei (*propagate*), aan te help (*expedite*) en te 'vergemaklik' (*facilitate*).³¹⁵ Om die bepalings van artikel 35 behoorlik na te kom, mag die hof onder andere kennis neem van die gebeure en omstandighede wat die aanname van die Grondwet voorafgegaan het; die bedoeling van sowel die opstellers, as die politieke liggaam wat die dokument aanvaar het; die doelstellings en oogmerke wat tot die opstelling en aanvaarding van die Grondwet aanleiding gegee het; die menslike en sosio-ekonomiese faktore³¹⁶ wat relevant vir die hof se beslissing mag wees; asook die bevordering van waardes om aan die doelstellings van die Grondwet gevolg te gee (insluitende die standarde en beginsels wat uitdruklik in art 35 genoem word).³¹⁷ Met verwysing na, veral Kanadese gesag, was die regter van mening dat doeldienende uitleg die waardes sal saamvat, weerspieël en bevorder.³¹⁸

Tog was daar ook uitsprake van die Hooggeregshof waarin gepoog is om die tradisionele metode van wetsuitleg op grondwetuitleg oor te plant. In *S v Saib*³¹⁹ het regter Thirion beslis dat grondwetuitleg in beginsel nie van die 'gewone reëls' van wetsuitleg verskil nie: die hof moet steeds die bedoeling van die wetgewer vasstel en daaraan gevolg gee.³²⁰ In *Bux v Officer Commanding, Pietermaritzburg Prison*³²¹ het die hof geweier om tussentydse bystand (*interim relief*), hangende 'n beslissing van die

³¹⁵Op 244D-G van die verslag. Sien ook Kruger (1991a) 229ff tov die 'ongeskrewe teks' agter die geskrewe Grondwet.

³¹⁶Klaarblyklik verwys Friedman R hier na die sg *Brandeis brief*.

³¹⁷Op 245E-F van die verslag.

³¹⁸Op 242E-F van die verslag. Sien egter veral Mureinik (1986) 620, Devenish (1993) 261 en Du Plessis & Corder (1994) 85 (hfst 3 hierbo) se kritiek teen die tekortkominge van die doeldienende benadering. Friedman R gebruik nietemin doeldienende uitleg binne 'n waardebelaaide raamwerk met geregtigheid as vertrekpunt (op 244G-D van die verslag).

³¹⁹1994 4 SA 554 (D).

³²⁰Op 559H-I van die verslag.

³²¹1994 4 SA 562 (N).

Konstitusionele Hof, te verskaf. Die regter het sy positivistiese beslissing op die bedoeling van die opstellers van die Grondwet, wat die wil van die verkose wetgewer weerspieël, gebaseer.³²²

In teenstelling met regters Froneman, Heath en Friedman se progressiewe uitsprake, het regter Van Dijkhorst in *De Klerk v Du Plessis*³²³ 'n meer konserwatiewe standpunt oor grondwetuitleg en die rol van die regbank gehuldig:

If the word 'generous' is read in this passage as qualifying the word 'purposive' I have no problem with it. If, however, it is intended as an entirely separate concept, a free-floating interpretation unanchored in the aims of the Constitution, it might lead to interpretation based on personal predilections and preferences. In interpreting the Constitution one should guard against using it like a ventriloquist's dummy, making it utter what you want to hear. That danger lurks in applying as yardstick in interpretation such phrases as 'generous approach' which might tempt one to read into the text of the Constitution one's own social preferences and subjective sympathies.³²⁴

In *Kalla v The Master*³²⁵ het regter Van Dijkhorst die tradisionele *plain meaning*-benadering gebruik om die oppermagtige Grondwet uit te lê:³²⁶ om die 'bedoeling van die wetgewer' te vind is die belangrikste beginsel van wetsuitleg, en gevolglik moet die vertolker met die gewone betekenis van die woorde begin. Indien die teks dubbelsinnig blyk te wees, moet die gewone reëls van wetsuitleg toegepas word.³²⁷ Hierdie 'gewone reëls van wetsuitleg' vorm deel van die landsreg (*law of the land*)³²⁸ en is nie deur die Grondwet opgehef nie. Met ander woorde, die oppermagtige Grondwet as *lex fundamentalis* word inderdaad deur die beginsels van 'gewone' wetsuitleg getroef!

³²²Op 566E-567D van die verslag, waarin die regter veral die argument oor die *sg countermajoritarian*-argument beklemtoon tov 'n aktivistiese rol deur die hof. Sien ook Devenish (1996) wat Didcott R se benadering as a *literal methodology and the jurisprudence of positivism* beskryf.

³²³1995 2 SA 40 (T).

³²⁴Op 45I-46B van die verslag.

³²⁵1995 1 SA 261 (T).

³²⁶Sien Botha CJ (1995) 523-528 vir 'n kritiese bespreking van hierdie beslissing.

³²⁷Op 269G van die verslag verklaar R Van Dijkhorst dat die gewone betekenis 'duidelik' is. Sien ook Botha CJ (1995) 528 se opmerking:

'Die uitspraak is versier met talle tekstuele ikone: bedoeling van die wetgewer, *plain meanings*, dubbelsinnigheid, *Venter v R* 1907 TS, *Union Government v Mack* 1917 AD 731, en helaas, Steyn.'

³²⁸Botha CJ (1995) 527 bevraagteken die regter se aanname oor die status van sommige van die 'reëls' van wetsuitleg:

'Myns insiens is dit te betwyfel of die lukrake stel epistemologiese stelreëls waarop die Suid-Afrikaanse reëls van wetsuitleg berus, die status van *law of the land* verdien.'

Sien ook die bespreking tov 'reëls' en 'beginsels' van wetsuitleg in hfst 3 hierbo.

In *Potgieter v Kilian*³²⁹ het regter McLaren aangedui dat die beginsels van grondwet-uitleg nie radikaal van dié van 'gewone' wetsuitleg verskil nie. Ook in *Kotze en Genis (Edms) Bpk v Potgieter*³³⁰ het regter Conradie die indruk geskep dat die Grondwet deur die bestaande reg gekwalifiseer moet word:

As die uiteraard vae en idealistiese bepalings van die Grondwet gebruik sou word om goedsmoeds noukeurig gekonstrueerde en gedetailleerde denkbeelde en werkwyses van ons privaatreg te versteur, gaan ons 'n chaos beërwe wat die verwarring by die Toring van Babel sal verdwerg.³³¹

In *Park-Ross v Director, Office for Serious Economic Offences*³³² het regter Tebbutt daarop gewys dat alhoewel die aard, oogmerke en historiese oorsprong van die Grondwet belangrik is, die taal van die bepalings nie uit die oog verloor moet word nie.³³³ Wat die grondwetlike waardes betref, is regter Tebbutt se bydrae beperk tot 'n kritiese opmerking oor die standpunte van sommige akademici en regters:

Some have commented expansively - and even emotively - on what the values and principles are that the Constitution has sought to introduce for the people of the country, often with an extravagance of expression.³³⁴

Regter Pickard se uitgangspunte oor grondwet-uitleg in *Zantsi v Chairman, Council of State, Ciskei*³³⁵ is ook dubbelsinnig. Hoewel hy van mening was dat die tradisionele metode van wetsuitleg wat op 'n slaafse navolging van die 'bedoeling van die wetgewer' geskoei is, deur die nuwe grondwetlike bedeling vernietig (*destroyed*) is, het hy weliswaar later aangedui (met oa verwysing na Steyn) dat dit die eerste reël van wetsuitleg is om 'n gewone betekenis aan die woorde te heg.³³⁶

Oor die algemeen het die Hooggeregshof (natuurlik met uitsonderings) bo verwagting knap by die unieke aard van die oppermagtige Grondwet as die *lex fundamentalis* in die regsorde aangepas. Trouens, wat waarde-aktiverende grondwet-uitleg betref, is regters Froneman en Friedman se uitsprake in *Qozoleni*, *Whitaker* en *Baloro* van die

³²⁹1995 11 BCLR 1498 (N).

³³⁰1995 3 BCLR 349 (K).

³³¹Op 352H van die verslag.

³³²1995 2 SA 148 (K).

³³³Op 161I-J van die verslag.

³³⁴Op 160C-D van die verslag.

³³⁵1995 2 SA 534 (CK).

³³⁶Op onderskeidelik 538A en 542E-543G van die verslag.

mees toonaangewende en vernuwende beslissings sedert die inwerkingtreding van die Grondwet. Alhoewel al die uitsprake uit hoofde van artikel 35 van die Grondwet noodwendig na die grondwetlike waardes verwys, is die klem hoofsaaklik op *purposive interpretation* geplaas. Met die uitsondering van *Qozoleni*, *Whitaker* en *Baloro*, waar die howe se 'aktivistiese' rol ten opsigte van die grondwetlike waardes beklemtoon is, is daar egter net lippediens aan die waardes bewys. In sommige uitsprake (oa *Kalla* en *Saib*) is die fundamentele waardes deur die tradisionele wetsuitlegmetode getroef. Byna drie jaar na die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet wil dit dus blyk asof doeldienende grondwetuitleg³³⁷ (wat blykbaar selfs teleologiese en *generous* uitleg kan insluit) die heersende benadering van die Hooggeregshof is. Ten spyte van regters Froneman en Friedman se progressiewe standpunte is daar tans nog skaars sprake van 'n algemeen-aanvaarde paradigma van waarde-aktiverende grondwetuitleg.

Wat die onderliggende waardes van die Grondwet betref, het al die Hooggeregshof-beslissings één tekortkoming in gemeen: nêrens word daar na inheemse Afrika-waardes³³⁸ verwys nie. Alhoewel die 1993-Grondwet uitdruklik in die sogenaamde slotrede (*postamble*) na *ubuntu*³³⁹ verwys, het die Hooggeregshof dit klaarblyklik nog nie onder die fundamentele grondwetlike waardes tuisgebring nie.

³³⁷Sien oa **Carpenter** (1995a) 333-335; **Kentridge & Spitz** (1996) 11-25 tot 11-27.

³³⁸Sien veral **Heyns C** 'Where is the voice of Africa in our Constitution?' (referaat gelewer tydens die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, Universiteit van Wes-Kaapland) Januarie 1996, se standpunt dat die Afrika-konsep van respek vir die groep en die erkenning van verpligtinge (*duties*) unieke interne beperkings op die regte in 'n grondwet kan wees.

³³⁹Vir 'n volledige bespreking van die betekenis en toepassing van *ubuntu*, sien die bespreking van die uitsprake van die Konstitusionele Hof hieronder.

□ Die Konstitusionele Hof

Ingevolge artikel 98(2) van die 1993-Grondwet is die Konstitusionele Hof³⁴⁰ die hof van finale instansie ten opsigte van alle aspekte oor die uitleg, beskerming en afdwinging van die bepalings van die Grondwet. Die Konstitusionele Hof het in die volgende gevalle uitsluitlike jurisdiksie:³⁴¹

- enige ondersoek na die grondwetlikheid van 'n wet van die Parlement;
- enige dispuut oor die grondwetlikheid van enige parlementêre wetsontwerp;
- enige grondwetlike dispuut tussen owerheidsliggame, waar een van die partye 'n nasionale owerheidsliggaam is;
- aangeleenthede wat spesifiek deur die Grondwet of ander wetgewing aan die Konstitusionele Hof opgedra is;
- as hof van finale instansie met betrekking tot die uitleg, beskerming en toepassing van die Grondwet, asook alle appèlle en verwysings³⁴² vanaf die Hooggeregshof (insluitende die Appèlhof) wat grondwetlike aangeleenthede betref.

*S v Zuma*³⁴³ was die eerste beslissing van die Konstitusionele Hof, en gevolglik is dit belangrik om die hof se riglyne ten opsigte van grondwetuitleg aan die hand van dié beslissing te ondersoek. Waarnemende regter Kentridge het die volgende beginsels neergelê: die Grondwet is die hoogste reg in die regsorde, en daarom vereis dit unieke beginsels van wetsuitleg; aangesien alle wetgewing teen die Grondwet opgeweeg moet word, moet die waardes en beginsels wat as maatstaf gebruik word, uit die Grondwet afgelei word, en die uiteindelijke uitleg moet uitdrukking gee aan daardie grondwetlike waardes; die Grondwet moet ruim (*generous*) en doeldienend uitgelê word om te verseker dat alle individue ten volle in die fundamentele regte en vryhede kan deel.

³⁴⁰ Die Reëls van die Konstitusionele Hof is op 1995-01-06 gepubliseer (Reg 5 van 1995 SK 16204).

³⁴¹ Sien ook **Claassen** (1994) 418-425.

³⁴² Sien **Breitenbach** (1995) 7-19 in dié verband.

³⁴³ [Nt 137 hierbo]. Sien ook **Gutto SBO** 'The Constitutional Court's first salvo in confronting the fundamental "mischief" of the past and sowing the seeds for the new South African jurisprudence: *S v Zuma*' (1996) *SAJHR* 47ff vir 'n volledige bespreking van die beslissing.

Hierdie beginsels is egter niks meer as 'n bevestiging van benaderings en uitgangspunte van vroeëre uitsprake van die Hooggeregshof nie. Op die oog af, en veral wat grondwetuitleg betref, stel die uitspraak nie teleur nie. Belangrike beginsels is herbevestig: die Grondwet is *sui generis*, die grondwetlike waardes moet in ag geneem word en doeldienende uitleg is verkies.³⁴⁴ By nadere ondersoek is daar egter 'n aspek wat binne die raamwerk van 'n waarde-aktiverende benadering tot grondwetuitleg ietwat kommerwekkend is. Waarnemende regter Kentridge het naamlik grondwetlike waardes en grondwetuitleg aan 'n ortodokse tekstuele kapstok gehang:

While we must always be *conscious* of the values underlying the Constitution, it is nonetheless our task to interpret a written instrument. I am well aware of the fallacy of supposing that general language must have a single 'objective' meaning. Nor is it easy to avoid the influence of one's personal intellectual and moral preconceptions. But it cannot be too strongly stressed that the Constitution does not mean whatever we might wish it to mean ... We must heed Lord Wilberforce's reminder that even a constitution is a legal instrument, the language of which must be respected. *If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to 'values', the result is not interpretation but divination.*³⁴⁵

Met die eerste oogopslag wil dit bloot voorkom of grondwetuitleg aan die grondwetlike teks geanker moet wees. Die regter beklemtoon dat die uitlegger net bewus hoef te wees van die grondwetlike waardes: van regters Froneman en Friedman se vestigende en aktiverende rol ten opsigte van sulke waardes is daar geen sprake nie. Die verwysing na die *language used by the lawgiver* toon duidelike regspositivistiese spore en invloede: artikel 35 van die Grondwet verplig tog die hof om die wetgewer se produk aan die hand van sekere gepositiveerde waardes te toets. Hierdie waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing onderskraag, sluit dus by implikasie die 'ongeskrewe' teks van die Grondwet in. Indien die grondwetlike teks die finale maatstaf is, sal (en kan) daar nie sprake van enige grondwetlike dinamiek wees nie, want die *original intent of the framers* blyk dan deurslaggewend te wees. Die *Zuma*-uitspraak kan nouliks, wat grondwetuitleg betref, as 'n epogmakende en baanbrekerbeslissing bestempel word: trouens, in die lig van *Qozoleni* en *Baloro* was dit 'n besliste terugwaartse stap.

³⁴⁴Para 14-17 van die verslag.

³⁴⁵Para 17-18 van die verslag (my kursivering). Sien ook sy tekstuele opmerking in *S v Mhlungu* 1995 3 SA 867 (CC) para 84:

'I respectfully suggest, those values are not promoted by doing violence to the language of the Constitution in order to remedy what may seem to be hard cases.'

Kort na *Zuma* het die Konstitusionele Hof die ideale platform vir 'n waarde-aktiverende uitspraak in *S v Makwanyane*³⁴⁶ gehad. Die hof moes oor die grondwetlikheid van artikel 277(1) van die Strafproseswet³⁴⁷ (wat vir die doodstraf voorsiening maak), beslis.³⁴⁸ Binne die raamwerk van hierdie studie is veral drie aspekte van die beslissing belangrik: die hof se toepassing van die grondwetlike waardes; die verwysings na *ubuntu* as 'n weerspieëling van inheemse Afrika-waardes; en die invloed van die openbare mening op grondwetuitleg.

Die baie lang uitspraak, waarin elkeen van die elf konstitusionele regters 'n aparte uitspraak gelewer het, wemel letterlik van verwysings na die grondwetlike waardes. Die President van die hof, regter Chaskalson (para 125), het daarop gewys dat die behoud van die doodstraf teen die Grondwet se onderliggende waardes opgeweeg moet word; regter Ackerman (para 156) het na die waardes van die regstaat as die onderbou van die 'nuwe orde' verwys; regter Kentridge (para 198) het artikel 35 van die Grondwet, wat vereis dat die regbank die waardes onderliggend aan 'n oop en demokratiese samelewing onderlê, moet bevorder, beklemtoon; regter Kriegler (para 207) het daarop gewys dat, alhoewel die hof verplig is om waarde-oordele te maak, dit nog steeds 'n juridiese proses en beslissing is; regter Langa (para 222) was van mening dat die bepalings van die Grondwet by implikasie die waardes van 'n meer volwasse gemeenskap insluit; regter Mahomed (para 266) het aangetoon dat die inhoud en omvang van die waardes wat in die Grondwet uitgedruk is tydens grondwetuitleg deur die hof in aanmerking geneem kan word; regter Mokgoro (para 307) het daarop gewys dat die waardes onderliggend aan die Grondwet die grondslag vir 'n Suid-Afrikaanse fundamentele regtebedeling kan vorm; en regter O'Regan (para 328) het dit beklemtoon dat menswaardigheid die bousteen (*founding value*) van die nuwe Grondwet is.

Dit is dus duidelik dat die Konstitusionele Hof uitdruklik en deeglik van die grondwetlike

³⁴⁶1995 3 SA 391 (CC).

³⁴⁷51 van 1977.

³⁴⁸Sien oa **Carpenter G** 'Constitutional Court sounds the death knell for capital punishment' (1996) *THRHR* 145ff, **Klug H** 'Striking down death: *S v Makwanyane*' (1996) *SAJHR* 61ff, asook **Schabas WA** 'South Africa's new Constitutional Court abolishes the death penalty' (1995) 16 *Human Rights LJ* 133ff vir volledige besprekings van hierdie beslissing.

waardes kennis geneem het, en dat dit onlosmaaklik deel van die uitspraak vorm. In die lig van die feit dat die hof dan ook beslis het dat die doodstraf ongrondwetlik is, behoort die afleiding gemaak te word dat die hof deur die grondwetlike waardes gelei is. Tóg oortuig die uitspraak, wat waarde-aktiverende grondwetuitleg³⁴⁹ betref, nie heeltemal nie. Daar is baie na die fundamentele waardes wat die nuwe grondwetlike orde onderlê, verwys. Afgesien van die feit dat die hof bevind het dat die doodstraf met die fundamentele regte bots, is daar nêrens uitdruklik aangedui dat dit nie net die plig van die hof is om van die grondwetlike waardes kennis te neem nie, maar ook om hulle aktief te vestig. Regter O'Regan se foutiewe gelykstelling van doeldienende en teleologiese uitleg is miskien simptome van die hof se gebrekkige waarde-aktiverende rol:

This purposive and teleological approach to the interpretation of rights may at times require a generous meaning to be given to the provisions of Chapter 3 of the Constitution, and at other times a narrower or specific meaning.³⁵⁰

Soos egter reeds verduidelik,³⁵¹ is doeldienende uitleg nie noodwendig teleologies (*value-coherent*) nie. In aansluiting hierby, het regter Mokgoro klaarblyklik 'n sekondêre, ondersteunende rol aan die grondwetlike waardes tydens grondwetuitleg toegeken:

The making of constitutional choices ... can often only be done with reference to a system of values extraneous to the constitutional text itself, where these principles *constitute the historical context in which the text was adopted and which help to explain the meaning of the text*.³⁵²

Die grondwetlike waardes het dus hier 'n statusverlaging ondergaan: vanaf fundamentele riglyne is hulle tot blote hulpmiddels verlaag, wat moet help om die teksbetekenis van die Grondwet te verduidelik.

Makwanyane is nietemin die eerste beslissing waarin die fokus op *ubuntu* as 'n inheemse waardebegrip geplaas is. Die slotrede (*postamble*) van die Engelse

³⁴⁹Wat grondwetuitleg in die algemeen betref, kan daar nie te veel kritiek wees nie. Tydens die uitspraak is daar volledig na internasionale menseregte en buitelandse regspraak verwys, alhoewel daar geen onderskeid tussen dié twee bronne getref is nie (sien **Carpenter** (1996a) 162-164 se kritiek hierop). Die hof het ook gebruik gemaak van statistiese en sosiologiese data (analoog aan die sg *Brandeis brief*).

³⁵⁰Para 325 van die verslag.

³⁵¹Sien hoofstuk 3 hierbo.

³⁵²Para 302 van die verslag (my kursivering).

weergawe³⁵³ van die 1993-Grondwet verwys uitdruklik na *ubuntu*:

[T]here is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for *ubuntu* but not for victimisation.

Ubuntu is 'n begrip eie aan Afrika. Dit omvat 'n praktiese humanistiese houding teenoor die wêreld, en verwys na deernis, medemenslikheid, verdraagsaamheid, sosiale geregtigheid en billikheid.³⁵⁴ In beginsel berus *ubuntu* dus op respek vir die menslike lewe en menswaardigheid (*dignity*).³⁵⁵ Regter Mokgoro het dit as volg omskryf:

Generally, *ubuntu* translates as 'humaneness'. In its most fundamental sense, it translates as 'personhood' and 'morality' ... While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation.³⁵⁶

Die uitdruklike koppeling van *ubuntu* as inheemse waardebegrip met grondwetuitleg is te verwelkom. Indien daar erns met die fundamentele grondwetlike waardes gemaak wil word, sal dit ook die inheemse waardestelsels moet weerspieël. Die 'ongeskrewe teks' van die Grondwet verwys nie net na *equity*, die geregtigheidsbegrip in die Romeins-Hollandse reg of die Westerse natuurregteorieë nie, maar ook na *ubuntu* en ander Afrika-waardestelsels wat vergelykbaar is met die grondwetlike waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing ten grondslag lê.³⁵⁷

Die invloed van die openbare mening op grondwetuitleg is 'n laaste aspek van die beslissing wat kortliks³⁵⁸ beskou moet word. In die lig van die howe se plig om waardeoordele te vel, ontstaan die vraag onwillekeurig: is die vestiging en beskerming van die fundamentele waardes nie maar net 'n gerieflike dekmantel vir die heersende openbare mening nie? Regter Chaskalson het hierdie vrees as volg besweer:

³⁵³In die Afrikaanse weergawe word *ubuntu* met 'medemenslikheid' vertaal.

³⁵⁴Regter Madala in para 238 van die verslag.

³⁵⁵Vir verdere verwysings na *ubuntu*, sien ook paras 130-131 (Chaskalson P); para 225 (Langa R); para 263 (Mahomed R) en para 311 en 313 (Mokgoro R). Sien ook **Botha CJ** (1996) 111-112 tov die gebruik van *ubuntu* tydens wetsuitleg.

³⁵⁶Para 308 van die verslag.

³⁵⁷Sien ook **Heyns** (1996) en Sachs R in die *Makwanyane*-saak (paras 358-387) se pleidooie vir 'n groter bewuswording van inheemse waardes en die Afrika-jurisprudensie.

³⁵⁸Die invloed van die openbare mening op waarde-aktiverende grondwetuitleg word meer volledig in hoofstuk 6 hieronder bespreek.

If public opinion were to be decisive there would be no need for constitutional adjudication. The protection of rights could then be left to Parliament, which has a mandate from the public, and is answerable to the public for the way its mandate is exercised, *but this would be a return to parliamentary sovereignty*, and a retreat from the new legal order established by the 1993 Constitution.³⁵⁹

Daar is ook na die grondwetlike waardes in *S v Williams*³⁶⁰ (waar die grondwetlikheid van lyfstraf ter sprake was) verwys. Regter Langa het telkens daarop gewys dat die waardes onderliggend aan die Grondwet geïdentifiseer en geartikuleer moet word, en as riglyn tydens grondwetuitleg moet dien: strafoplegging moet aan bepaalde standaarde, wat sekere fundamentele waardes weerspieël, voldoen.³⁶¹

Ook in *S v Mhlungu*³⁶² het die grondwetlike waardes ter sprake gekom. Regter Sachs het die bevordering van die waardes aan die handhawing van Grondwet en die regters se ampseed gekoppel.³⁶³ Hy het ook na die Grondwet as 'n *momentous document, intensely value-laden* verwys.³⁶⁴ Afgesien van die oppervlakkige lippediens wat aan die grondwetlike waardes bewys is, het die hof klaarblyklik 'n doeldienende metode van grondwetuitleg voorgestaan: regter Sachs het na 'n *context-based purposive approach*, en waarnemende regter Kentridge na 'n *purposive construction* verwys.³⁶⁵

In *Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*³⁶⁶ het regter Kriegler op 'n ietwat tekstuele trant die regs-

³⁵⁹Para 88 van die verslag. Sien ook paras 87-89 (Chaskalson P); paras 188 (Didcott R); para 200 (Kentridge R); paras 255 en 258 (Madala R); para 266 (Mahomed R) en para 305 (Mokgoro R) vir soortgelyke standpunte tov die openbare mening. Sien ook **Carpenter** (1996a) 157-158 en **Zlotnick M** 'The death penalty and public opinion: *S v Makwanyane*' (1996) *SAJHR* 70ff in dié verband.

³⁶⁰1995 3 SA 632 (CC).

³⁶¹Paras 22, 37-38 en 59 van die verslag.

³⁶²[Nt 345 hierbo]. Sien ook **Smith N** 'The purposes behind the words: *S v Mhlungu*' (1996) *SAJHR* 90ff vir 'n volledige bespreking van die beslissing.

³⁶³Para 110 van die verslag. Die ampseed (Bylaag 3 van die 1993-Grondwet) bepaal oa dat regters die Grondwet en die verskanste fundamentele regte sal handhaaf en beskerm. Kriegler R het in *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (CC) para 123 ook op die regters se ampseed gesteun.

³⁶⁴Para 111 van die verslag. **Cockrell** (1996) 3 verwys hierna as 'n *instructive judicial throw-away line*.

³⁶⁵Onderskeidelik paras 63 en 122 van die verslag. Sien ook *Shabalala v Attorney-General, Transvaal* 1996 1 SA 725 (CC) para 26-27 tav doeldienende uitleg.

³⁶⁶1995 4 SA 631 (CC). Sien ook **Woolman S** 'The limitations' of justice Sachs' concurrence: *Coetzee v Government of Republic of South Africa*' (1996) *SAJHR* 99ff vir 'n volledige bespreking van die beslissing.

vormende rol van die hof ingeperk:³⁶⁷ indien die hof sekere inbreukmakende bepalings uit wetgewing sou 'sny', sou die hof by regskepping (*law-making*) betrokke raak, en dít, meen die regter, is deur die Grondwet aan die wetgewer opgedra.

Tog het die Konstitusionele Hof (by monde van regter Sachs) in dié beslissing waarskynlik die naaste aan 'n waarde-aktiverende standpunt³⁶⁸ nóg gekom:

[F]aithfulness to the Constitution is best achieved by locating the two-stage balancing process within a holistic, value-based and case-oriented framework. The values that must suffuse the whole process are derived from the concept of an open and democratic society based on freedom and equality, several times referred to in the Constitution. *The notion of an open and democratic society is thus not merely aspirational or decorative, it is normative, furnishing the matrix of ideals within which we work, the source from which we derive the principles and rules we apply, and the final measure we use for testing the legitimacy of impugned norms and conduct.* If I may be forgiven the excursion, it seems to me that it also follows from the principles laid down in *Makwanyane* that we should not engage in purely formal or academic analysis, nor simply restrict ourselves to ad hoc technicism, but rather focus on what has been called the synergetic relation between the values underlying the guarantees of fundamental rights and the circumstances of the particular case. There is no legal yardstick for achieving this. In the end, we will frequently be unable to escape making difficult value judgments, where ... logic and precedent are of limited assistance.³⁶⁹

Laastens, 'n opmerking oor die legitemiteit van grondwetlike toetsing en die bevestiging van die status van die oppermagtige Grondwet. Die beslissing in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa*³⁷⁰ het sommige vrese oor die onafhanklikheid van die Konstitusionele Hof besweer, aangesien die hof ten gunste van die NP-beheerde Wes-Kaapse provinsiale regering (en teen die ANC-beheerde nasionale regering) beslis het dat artikel 16A van die Oorgangswet op Plaaslike Regering³⁷¹ ongrondwetlik en dus nietig is.³⁷²

³⁶⁷Para 17 van die verslag. Sien daarenteen Froneman R se waarde-aktiverende uitgangspunt oor regterlike regsvorming in die hof *a quo* [nt 290 hierbo]. In *Case v Minister of Safety and Security; Curtiss v Minister of Safety and Security* 1996 3 SA 617 (CC) para 73 het Mokgoro R met goedkeuring na die Kriegler-dictum verwys.

³⁶⁸Davis D 'The underlying theory that informs the wording of our bill of rights' (1996) SALJ 385 meen dat O'Regan R se beklemtoning van menswaardigheid (*dignity*) in *Makwanyane* (veral paras 327-330) tot dusver die beste poging is om 'n konseptuele jurisprudensiële raamwerk vir grondwetuitleg daar te stel.

³⁶⁹Para 46 van die verslag (my kursivering).

³⁷⁰1995 4 SA 877 (CC).

³⁷¹209 van 1993.

³⁷²Sien by Malherbe EFJ 'Grondwetlike oppergesag in werking' (1996) TSAR 175ff hieroor.

(b) Die (finale) 1996-Grondwet

Aangesien die 1996-Grondwet nog nie in werking getree het nie, is daar nog nie enige regspraak daaroor nie. Dit is tog van pas om na die Konstitusionele Hof se beslissing in *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996*³⁷³ te verwys. Streng gesproke behoort hierdie beslissing hierbo bespreek gewees het, want dit behels die sertifisering van die teks van die 1996-Grondwet aan die hand van die Grondwetlike Beginsels in die 1993-Grondwet. Vir doeleindes van hierdie bespreking word dit nietemin onder die 1996-Grondwet bespreek, aangesien dit ten tye van skrywe die enigste regspraak oor die finale grondwetlike teks is.

In dié beslissing het die Konstitusionele Hof geweier om die 1996-Grondwet te sertifiseer en dit na die Grondwetlike Vergadering terugverwys om die gebreke daarin reg te stel. As sodanig is dit 'n bevestiging van grondwetlike oppergesag en die Konstitusionele Hof se rol as finale trustee en handhawer van regstaatlikheid. Wat grondwetuitleg betref, het die hof weer eens doeldienende en teleologiese uitleg aan mekaar gelyk gestel.³⁷⁴ Die hof het nietemin beklemtoon dat die grondwetlike beginsels in die 1993-Grondwet nie met *technical rigidity* uitgelê moet word nie, aangesien hulle breë grondwetlike hale op die doek van toekomstige grondwetskepping is.³⁷⁵

Wat dinamiese grondwetuitleg betref, is daar egter een aspek van die uitspraak wat moontlik in die toekoms problematies mag wees: grondwetlike *stare decisis*.³⁷⁶ Die hof het op 'n anomalie gewys: as ander howe in die toekoms verskillende betekenisse aan bepalings in die 1996-Grondwet sal heg as wat die Konstitusionele Hof tydens die sertifiseringsproses daaraan geheg het. Toegegee, in die korttermyn mag hierdie uitleg relevant ten opsigte van die geldigheid van die 1996-Grondwet wees. Die hof het nietemin net aanbeveel dat toekomstige howe die Konstitusionele Hof se uitleg van die

³⁷³1996 10 BCLR 1 (CC).

³⁷⁴Para 34 van die verslag. Vgl **Tridimas T** 'The Court of Justice and judicial activism' (1996) *European LR* 199 204, wat ook hierdie begrippe aan mekaar gelyk stel. Sien daarenteen hfst 3 hierbo, waar aangedui is dat dit juis die waarde-komponent is wat teleologiese uitleg van doeldienende uitleg onderskei.

³⁷⁵Para 36 van die verslag.

³⁷⁶Die invloed van *stare decisis* op grondwetuitleg word meer volledig in hfst 6 hieronder bespreek.

1996-Grondwet as korrek aanvaar, tensy *compelling circumstances* 'n ander uitleg sou noodsaak.³⁷⁷ Dit moet egter daarteen gewaak word dat só 'n riglyn nie veroorsaak dat die 'bedoeling van die wetgewer' deur die 'bedoeling-van-die-Konstitusionele-Hof-in-1996' vervang word nie. Dit sou meebring dat die dinamiese aard van grondwetuitleg, asook die veranderende omstandighede (*continuing time-frame*) waarbinne die Grondwet funksioneer, geïgnoreer word.

4.5 SAMEVATTING

Vanaf *Brown v Leyds* tot by die *Harris*-sake is 'n duidelike tematiese ontwikkelingsgang sigbaar: die regbank was in die proses van 'staatsregtelike wetsuitleg' bereid om as beskermers van die individu se verskanste regte op te tree. In *Collins* is hierdie vloei onder die invloed van volkome parlementêre soewereiniteit verbreek. Regter Schreiner se minderheidsuitspraak (wat op die fundamentele aard van die demokrasie betrekking gehad het), was vir lank die laaste werklike voorbeeld van 'n uitspraak waarin 'n regter bereid was om sekere fundamentele waardes in die regsorde te beskerm. 'n Kombinasie van ideologiese oorwegings, regspositivisme en parlementêre soewereiniteit (insluitend 'n wetsuitlegmetodiek wat meganiese en dogmatiese op die 'bedoeling-in-teks' gebaseer was), het aanleiding gegee tot die regbank se miskiening van fundamentele regte en waardes. Hierdie ongevoeligheid vir die uiteindelijke resultate van hofbeslissings is treffend deur regter Holmes se berugte *dictum* in *Minister of the Interior v Lockhat*³⁷⁸ verwoord, toe hy beslis het dat die bepalings van die Wet op Groepsgebiede³⁷⁹ die vermoede teen onbillike en diskriminerende resultate weerlê het:

[I]t represents a colossal social experiment and long term policy. It necessarily involves the movement out of Group Areas of numbers of people throughout the country. Parliament must have envisaged that compulsory population shifts of persons occupying certain areas would inevitably cause disruption and, within the foreseeable future, substantial inequalities.

Gedurende die 'totale aanslag' in die tagtigerjare was veral die Appèlhof onbereidwillig om individuele regte en vryhede teen inbreukmaking deur die staat te beskerm.

³⁷⁷Para 43 van die verslag.

³⁷⁸1961 2 SA 587 (A) 602.

³⁷⁹41 van 1950.

Die beskerming van fundamentele waardes en regte deur die howe het eers weer met die koms van oppermagtige grondwette met gepaardgaande grondwetlike toetsing in Bophuthatswana, Ciskei en SWA/Namibië ter sprake gekom. Streng gesproke het hierdie herkonstatering van fundamentele waardes tussen neus en ore in die Suid-Afrikaanse reg ingesluip, want die regbank in hierdie gebiede het uit Suid-Afrikaanse regters bestaan. As sogenaamde 'onafhanklike tuislande' het Bophuthatswana en Ciskei nooit werklik enige politieke legitimiteit gehad nie (Ciskei is bv ná die staatsgreep deur 'n militêre junta regeer). SWA/Namibië is steeds deur Suid-Afrika geadministreer en het gevolglik nog binne die stelsel van parlementêre soewereiniteit gefunksioneer. Dit is egter ironies: Bophuthatswana se oppermagtige, maar polities-verdagte grondwet, Ciskei se Grondwetlike Dekreet (wat deur 'n militêre diktator uitgevaardig is) en SWA/Namibië se Prok R101 (wat deur die Suid-Afrikaanse Staatspresident uitgevaardig is) het gedurende hierdie tydperk 'n aantal rigtinggewende uitsprake (*Smith v Attorney-General* en *Nyamakazi*) en aktivistiese beslissings (*Heita* en *Ntenti*) opgelewer.

Die 1993-Grondwet verteenwoordig 'n radikale breuk met die Westminsterverlede van parlementêre soewereiniteit, regspositivisme en *executive-mindedness*. Die 1993-Grondwet (asook die 1996-Grondwet) is die *lex fundamentalis* in Suid-Afrika, met sekere fundamentele regte en waardes daarin gepositiveer.³⁸⁰ Die Suid-Afrikaanse regstaat is 'n werklikheid: wets- en grondwetuitleg behoort nou binne 'n *value-coherent* paradigma tot stand te kom.

Maar wat is die posisie tans met betrekking tot grondwetuitleg in Suid-Afrika? Watter rol speel die uitdruklik-gepositiveerde grondwetlike waardes, asook die 'ongeskrewe teks' van die Grondwet in dié nuwe regstaat? Dat die regbank wegbeweeg het van regspositivisme en parlementêre soewereiniteit, is nie te betwyfel nie. Die *executive-minded* uitsprake van veral die tagtigerjare is deur grondwet-geïnspireerde beslissings vervang. Die aktivering en verlewending van die fundamentele grondwetlike waardes

³⁸⁰ Davis (1996) 393 omskryf hierdie *value-coherent* paradigma van die 1996-Grondwet as volg: '[W]hat I consider to be the fundamental underpinnings of the Constitution: the harmonization of liberty and equality within the particular African context of *ubuntu*.'

in artikel 35 van die 1993-Grondwet vervat, het egter nog nie plaasgevind nie. Met die uitsondering van 'n paar beslissings (oa van regters Froneman en Friedman in onderskeidelik *Qozoleni* en *Baloro*), is die grondwetlike waardes bloot as 'n vae normatiewe riglyn deur die howe gebruik. In dié opsig is daar in beginsel nie veel vordering gemaak sedert die standpuntstelling van *Smith v Attorney-General* nie dat die hof regte en waardes nie met 'n voorhamer nie, maar met 'n skalpel moet beskerm.

Dit ly geen twyfel dat die Suid-Afrikaanse regbank wel sedert die inwerkingtreding van die 1993-Grondwet fundamentele regte beskerm en afgedwing het nie. Wat egter nog ontbreek, is 'n uitdruklike aanvaarding van 'n waarde-aktiverende rol deur die howe.³⁸¹

Kentridge & Spitz stel dit as volg:

While there is broad agreement amongst the judges of the Constitutional Court that the meaning of the Constitution is to be found in an interplay of the text and its underlying values, judges have differed as to where the emphasis is to be placed.³⁸²

Daar moet nie net lippediens aan die waardes betoon word nie: die waardes vorm deel van grondwetuitleg as 'n normatiewe *standard-setting exercise*.³⁸³ **Davis**³⁸⁴ meen dat die klem wat op menswaardigheid (*dignity*) en sosiale geregtigheid (*social justice*) in die 1996-Grondwet geplaas is, daarop dui dat die opstellers waardebelaaide keuses gemaak het. Hierdie waardes moet met mekaar versoen word om te verseker dat die integriteit van die Grondwet bevorder word.

Al die elemente vir waarde-aktiverende grondwetuitleg is reeds aanwesig: 'n beregbare oppermagtige Grondwet en sekere fundamentele waardes wat die Grondwet stut,³⁸⁵ is uitdruklik gepostiveer (insluitende *ubuntu* in die 1993-Grondwet en waardigheid (*dignity*) in die 1996-Grondwet); die 'ongeskrewe' waardes onderliggend aan die Grondwet

³⁸¹**Cockrell** (1996) 37 verwys na die Konstitusionele Hof se gebrek aan 'n waarde-aktiverende benadering tot grondwetuitleg as

'the absence of a sufficiently rigorous jurisprudence of substantive reasoning.'

In dié opsig verteenwoordig Kentridge R se ortodokse tekstuele uitgangspunte in *Zuma* en *Mhlungu* beslis 'n konserwatiewe jurisprudensiële vleuel in die Konstitusionele Hof.

³⁸²**Kentridge & Spitz** (1996) 11-14 nt 6.

³⁸³Sien **Van der Vyver** (1989) 174-176.

³⁸⁴**Davis** (1996) 394.

³⁸⁵Schreiner AR (in *Collins*) se beklemtoning van die fundamentele aard van die demokrasie sluit aan by die klem wat art 35(1) van die 1993-Grondwet op die waardes wat onderliggend aan 'n oop en demokratiese samelewing is, lê.

(billikheid (*equity*), die natuurreg, die regverdigheidsbasis van die Romeins-Hollandse reg, ens); en die regbank se plig om die grondwetlike waardes te bevorder (art 35(3) van die 1993-Grondwet en art 39(2) van die 1996-Grondwet, sowel as die regters se ampseed). Dit alles, asook die erkenning van die feit dat die Grondwet nie self-toepassend (*self-executing*) is nie, is reeds deur die regbank aanvaar. Net die 'aktivistiese' perspektief ten opsigte van waardes ontbreek nog om die finale beslag aan die materiële regstaat te gee. Streng gesproke is die uiteensettings en argumente oor doeldienende en ruim (*generous*) grondwetuitleg irrelevant, want grondwetuitleg moet vanuit 'n waarde-aktiverende verlewendigende paradigma benader word. Slegs dán sal die materiële regstaat volledig verwerklik wees.

Grondwetlike waardes en die regstaat: 'n regsvergelykende oorsig

5.1 INLEIDENDE OPMERKINGS

Hierdie proefskrif is met waarde-aktiverende grondwetuitleg gemoeid. In hierdie hoofstuk sal die mate waarin en die wyse waarop regterlike regsvorming (*judicial lawmaking*) en regterlike 'aktiwisme' (*judicial activism*) tydens grondwetuitleg in die VSA, Duitsland, Kanada en Namibië gebruik word om die fundamentele grondwetlike waardes in die regstaat die aktiveer en te vestig, kortliks ondersoek word. Die redes waarom juis hierdie state onder die loop geneem word, is tweeledig:

- Ingevolge artikel 35(1) van die 1993-Grondwet mag 'n hof gedurende grondwetuitleg na vergelykbare buitelandse hofbeslissing tydens grondwetuitleg verwys.¹ Sedert 1994 het die Suid-Afrikaanse hof dan ook toenemend na beslissings oor grondwetuitleg in hierdie lande verwys.
- In hierdie groep lande kan twee duidelike tendense by die ontstaan van 'n fundamentele regtebedeling geïdentifiseer word. Die VSA en Kanada word deur 'n relatiewe evolusionêre grondwetlike ontwikkelingsgang gekenmerk. Alhoewel die VSA sedert die aanvaarding van die Grondwet te kampe gehad het met 'n burgeroorlog, twee Wêreldoorloë, die konflikte in Korea en Suid-Oos Asië, rassediskriminasie en die burgerregtebeweging van die sestigerjare, was die Grondwet nie die direkte gevolg van volgehoue en traumatiese menseregte-skendings nie, maar eerder die afloop van 'n geleidelike proses van politieke

¹Art 39(1) van die 1996-Grondwet bevat 'n soortgelyke bepaling, met dié verskil dat dit net na *foreign law* verwys, sonder enige aanduiding dat die buitelandse reg enigsins met 'n 'vergelykbare' fundamentele regtebedeling en 'n oppermagtige grondwet verband moet hou. Sien ook hfst 3 hierbo.

emansipasie in die agtiende eeu. Veral sedert die aanvang van die twintigste eeu het die Amerikaanse howe stelselmatig 'n *constitutional jurisprudence* ontwikkel.² Kanada het redelik onlangs eers vanaf parlementêre soewereiniteit na grondwetlike oppergesag verwissel. Daarteenoor het die konstitusionalisme in Duitsland en Namibië as teenreaksie op onderskeidelik die menseregteskendings van die Nazi-regime, en kolonialisme en apartheid, ontstaan. Hierdie twee uiteenlopende wordingsmomente word dan ook duidelik in die onderskeie howe se toepassing van waarde-oordele weerspieël. Dit is veral dié aspek wat in hierdie hoofstuk ondersoek sal word.

As algemene agtergrond identifiseer **Du Plessis & Corder**³ vyf tradisionele metodes van grondwetuitleg. Hierdie metodes vul mekaar aan en elkeen moet dus in samehang en voortdurende interaksie met al die ander toegepas word:

- Grammatikale uitleg erken die belangrikheid van die rol van taal in die grondwetlike teks. Dit behels 'n linguistiese en grammatikale verduideliking van die teks. Dit sluit 'n ondersoek van al die aspekte van taal in, insluitende die strukturele komponente van die teks en die beginsels van sinsbou (sintaks).
- Sistematiese uitleg is 'n holistiese benadering, en konsentreer op die betekenis van 'n bepaalde grondwetlike bepaling in samehang met die grondwet as geheel. Dit is nie net die 'eenheid' van al die bepalings en komponente van 'n grondwet wat beklemtoon word nie, maar ook ekstratekstuele faktore (soos bv die sosiale en politieke omgewing waarbinne die grondwet funksioneer), word in ag geneem.
- Teleologiese uitleg het te make met die doelstellings en oogmerk van die bepalings. Met ander woorde, dit word aangewend vas te stel wat die betrokke grondwetlike bepalings in die regsorde moet bereik.
- Historiese uitleg verwys na die 'historiese' konteks van 'n grondwet. Dit sluit

²Sien bv **Wachtler S** 'Judicial lawmaking' (1990) 65 *New York University LR* 1 op 8:

'A strong judicial role did eventually develop, particularly in the area of enforcement of the Bill of Rights through the fourteenth amendment. But even in this area substantial power was far from given; instead, it developed slowly and deliberately.'

³**Du Plessis & Corder** (1994) 73-74.

faktore in soos die omstandighede wat aanleiding gegee het tot die aanname van 'n grondwet, voorafgaande onderhandelings en beraadslagings (die sg *travaux préparatoires*), asook die 'oorspronklike bedoeling van die opstellers' (*original intent*) van die grondwetlike teks. Die voorafgaande beraadslagings en die *original intent* kan egter nie die finale betekenis van 'n grondwet bepaal nie.

- Vergelykende uitleg verwys na die proses waartydens die hof internasionale menseregte en grondwetlike beslissings van buitelandse howe ondersoek. Dit moet egter gedoen word met inagneming van die eiesoortige plaaslike konteks van die grondwet wat uitgelê word.

Bogenoemde is 'n baie algemene uiteensetting. In die volgende afdelings word die heersende teorieë oor, en metodes van grondwetuitleg in, die VSA, Duitsland, Kanada en Namibië kortliks en bloot oorsigtelik bespreek om die juridiese konkretisering van grondwetlike waardes in dié lande te ondersoek. Die oogmerk is nie om die betrokke regstelsels volledig en krities te bespreek nie, maar is daarop gemik om rigtingwysers vir 'n algemene waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg te identifiseer.

5.2 DIE KLASSIEKE *GRUNDNORM*-GRONDWETTE

(a) Die Verenigde State van Amerika

□ Algemeen

Die Amerikaanse Grondwet het die langste geskiedenis van enige bestaande fundamentele regte-instrument. Dit is reeds in 1787 aangeneem, en die *bill of rights* is in 1791 met die ratifikasie van die eerste tien wysigings (*amendments*) by die Grondwet gevoeg. In baie opsigte het dit wêreldwyd 'n simbool van vryheid en gelykheid geword. Trouens, in die VSA sêlf is die Grondwet byna tot 'n religieuse simbool verhef.⁴ As rigtingwysers vir Suid-Afrikaanse grondwetuitleg, skep die Amerikaanse grondwetlike debat (*constitutional doctrine and jurisprudence*) nietemin sekere probleme. Veral die Amerikaanse handves van fundamentele regte is bondig en onvolledig opgestel, asook

⁴Sien nt 5 en 6 in hfst 2 hierbo.

baie wyd en vaag bewoord, wat tot verskillende interpretasies aanleiding kan gee. Voormalige Amerikaanse hoofregter Rehnquist het hierdie wye taalgebruik as volg beskryf:

[T]he framers of the Constitution wisely spoke in general language and left to succeeding generations the task of applying that language to the unceasingly changing environment in which they would live.⁵

Afgesien van die minimalistiese taalgebruik in die Amerikaanse Grondwet, is daar veral een verdere aspek wat van buitengewone belang vir hierdie ondersoek is: die regbank is nie uitdruklik verplig om enige fundamentele grondwetlike waardes te beskerm of te handhaaf nie. Trouens, die Amerikaanse *Supreme Court* se bevoegdheid tot grondwetlike toetsing is ook nie uitdruklik deur die Amerikaanse Grondwet verleen nie. In *Marbury v Madison*⁶ het regter Marshall eenvoudig só 'n bevoegdheid afgelei. Alhoewel hierdie vroeë voorbeeld van regterlike aktivisme die beginsel van grondwetlike toetsing in die VSA gevestig het, het veral die Amerikaanse akademici nou nog nie met hierdie beslissing vrede gemaak nie. Die beslissing het aanleiding gegee tot die sogenaamde *countermajoritarian*-argument dat 'n nie-verkose regbank die demokratiese wil van die staatsvolk kan dwarsboom. Hierdie gebrek aan 'demokratiese legitimiteit' van grondwetlike toetsing het veroorsaak dat daar steeds nie eenstemmigheid is oor die mees geskikte metode van grondwetuitleg deur die Amerikaanse regbank nie.⁷ Alhoewel die *original intent*-benadering die meeste erkenning in regspraak geniet, stroom daar aanhoudend nuwe teoretiese argumente oor metodes van grondwetuitleg vanuit die Amerikaanse regs fakulteite.

Ten spyte van hierdie oënskynlike gebrekkige legitimiteit, en as gevolg van die 'oop' terminologie van die Grondwet, het die Amerikaanse *Supreme Court* sedert *Marbury v Madison* talle 'aktivistiese' uitsprake gelewer om beslag te gee aan die fundamentele regte in die Grondwet. Onder die voorbeelde tel: in *Brown v Board of Education*⁸ is

⁵Rehnquist WH 'The notion of a living constitution' (1976) 54 *Texas LR* 693 694.

⁶1 Cranch 137, 5 US 87 (1803).

⁷Sien egter Tribe LH (1988) *American constitutional law* 1-9, wat enersyds die gefragmenteerde teorieë kritiseer, maar andersyds, dit betwyfel of 'n algemene teorie van grondwetuitleg enige waarde sal hê.

⁸347 US 483 (1954).

beslis dat die *separate but equal*-leerstuk ongrondwetlik is; in *Roe v Wade*⁹ is aborsie aan die reg op privaatheid gekoppel, en gevolglik is anti-aborsie wetgewing ongrondwetlik verklaar; in *Griswold v Connecticut*¹⁰ is beslis dat 'n statutêre beperking op toegang tot voorbehoedmiddels ongrondwetlik is. Daarenteen het die hof in 1865 in *Dred Scott v Sandford*¹¹ beslis dat 'Negers' nie burgers van die VSA was nie; in *Lochner v New York*¹² is beslis dat 'n bepaling wat 'n werknemer se maksimum weeklikse werksure beperk, ongrondwetlik is; in *Bowers v Hardwick*¹³ is bevind dat wetgewing wat homoseksuele sodomie strafbaar gestel het, wel grondwetlik was. Hierdie 'aktiwisme' het tot beide 'konserwatiewe' en 'liberale' kritiek aanleiding gegee.

□ Die eindelose stroom *modalities* en teorieë

Die Amerikaanse staatsregliteratuur word toenemend deur teoretiese besinnings oor grondwetuitleg en *constitutional review* gekenmerk. **Kaplin** kritiseer hierdie voortdurende herbesinning oor die aard en wese van grondwetuitleg as volg:

[T]his debate about a public document belonging to us all is becoming the exclusive province of academic experts. Commentators from law, philosophy, and other disciplines propose new theories and approaches for developing constitutional meaning through interpretation, other commentators critique these proposals, and yet other commentators (or the original proposers) critique the critiques. As the debate has progressed, it has become *increasingly abstract and esoteric* as commentators sometimes address themselves only to other well-versed academics. The differences and contradictions among theories have become magnified, while the common ground is sometimes lost in the shuffle. *Theories have too often been insufficiently related to practice.* Attention has focussed too much on the theoretical conundrums that inhibit progress, and too little on suggestions for incremental steps that might be taken to further understand or improve the interpretive process.¹⁴

In die Amerikaanse literatuur word nogtans 'n aantal algemene klassifikasies van

⁹410 US 113 (1973).

¹⁰381 US 479 (1965).

¹¹60 US (19 How) 393 (1865).

¹²198 US 45 (1905).

¹³478 US 186 (1986).

¹⁴**Kaplin WA** 'The process of constitutional interpretation: a synthesis of the present and a guide to the future' (1990) 42 *Rutgers LR* 983-984 (my kursivering). **Bork RH** (1990) *The tempting of America: the political seduction of the law* 134 verwys na hierdie teoretiese vingeroefeninge as volg:

'Their concepts are abstruse, their sources philosophical, their arguments convoluted, and their prose unnecessary complex.'

Sien ook die opmerkings van Marais R in *Nortje v Attorney General, Cape* 1995 2 SA 460 (K) 472F-G (oor die kategorisering van metodes van grondwetuitleg) in hfst 1 hierbo.

grondwetuitleg aangetref. **Fallon** onderskei tussen vyf breë tradisionele *constitutional arguments*:¹⁵ die grondwetlike teks as basis vir grondwetuitleg; die bedoeling van die opstellers (*the Framers' intent*); teorieë wat op die algemene doel en oogmerke van 'n grondwet konsentreer (bv die sg *political process theories*); benaderings wat op vorige regspraak en presedente steun, en waardebaseerde teorieë. **Bobbitt** verwys na ses soortgelyke kategorieë van *modalities of constitutional argument*.¹⁶ tekstueel (wat op die *plain meaning*-betekenis van die teks konsentreer); histories (wat op die bedoeling van die opstellers konsentreer); struktureel (reëls word deur die institusionele strukture wat deur die Grondwet geskep is, bepaal); *doctrinal* (dws reëls wat deur regspraak en presedente neergelê word); eties (beginsels wat uit die eties-morele waardes wat in die Grondwet weerspieël is, afgelei word); en *prudential* (grondwetuitleg as 'n proses waardeur die voor- en nadele van 'n bepaalde beginsel teen mekaar opgeweeg word). Op 'n laer vlak van abstraksie het **Antieau** byna vyftig riglyne (*canons*) van wetsuitleg, wat ook op grondwetuitleg betrekking het, uit die regspraak afgelei.¹⁷

Hierdie algemene klassifikasies is egter net beskrywend, en identifiseer nog nie 'n algemene teoretiese grondwetuitlegbenadering nie. In hierdie afdeling sal die ietwat verwarrende stroom teoretiese besinnings oor grondwetuitleg in die VSA kortliks ondersoek word om die mate waarin die aktivering van waardes aangespreek word, te bepaal; asook om aan te toon dat die Amerikaanse *constitutional jurisprudence*, veral wat 'n *value-coherent* benadering betref, nie op 'n algemeen-aanvaarde paradigma van grondwetuitleg gebaseer is nie.

McWhinney¹⁸ onderskei tussen twee breë benaderings tot grondwetuitleg, naamlik logies-grammatikale uitleg (wat 'n meganiese, polities-neutrale en waardevrye *plain meaning*-benadering omvat), en die wyer *policy approach* (wat op waardebaseerde doeldienende en teleologiese uitgangspunte berus); **Garvey & Aleinikoff**¹⁹ onderskei

¹⁵Fallon (1987) 1194-1209.

¹⁶Bobbitt P (1991) *Constitutional interpretation* 12-13. Sien verder ook Kaplin (1990) 991-1006, wat vier soortgelyke algemene metodes van grondwetuitleg onderskei.

¹⁷Antieau (1982) 11.

¹⁸McWhinney (1986) 91-99.

¹⁹Garvey JH & Aleinikoff TA (1994) *Modern constitutional theory: a reader* 94.

tussen *interpretivism* (waar die vertolker nie faktore buite die teks van die Grondwet in ag neem nie), en *non-interpretivism* (waar die uitlegger ook ekstratekstuele faktore tydens grondwetuitleg gebruik); **Tushnet**²⁰ onderskei tussen *formalists* (wat op die taal en herkoms konsentreer) en *instrumentalists* (wat op die doelwitte en oogmerke konsentreer); en **Perry**²¹ onderskei tussen *originalism* (uitleg wat aan die oorspronklike teks en bedoeling gekoppel is) en *non-originalism* (waar verskeie ekstratekstuele faktore in mindere of meerdere mate in aanmerking geneem word). In aansluiting hierby, asook by **Eskridge** se onderskeid tussen 'argeologiese' en dinamiese wetsuitleg,²² sal die magdom teorieë en benaderings vir die doeleindes van hierdie oorsig breedweg as tradisionele- en dinamiese teorieë geklassifiseer word.

○ **Tradisionele teorieë**

Die tradisionele teorieë verteenwoordig 'n terugblaaï na die verlede, aangesien hulle op die oorspronklike teks van die Grondwet en die 'bedoeling van die opstellers' (*original intent*) gebaseer is.²³ Ingevolge die 'streng' bedoelingsteorie (*strict originalism*) moet die Grondwet slegs aan die hand van die grondwetlike teks uitgelê word om die oorspronklike bedoeling van die historiese opstellers²⁴ te vind.²⁵ Kortom, niks anders as die letterlike-*cum*-bedoelingsbenadering, en die bekende stelreël dat die howe die reg moet spreek, en nie moet skep nie:

Regardless of what 'interpretation' might mean, one thing it plainly does not mean - 'making law'.²⁶

Aangesien só 'n benadering onvermydelik nie met veranderende gemeenskapsop-

²⁰**Tushnet M** 'The judiciary and institutions of judicial review' (1992/3) 8 *American University Journal of International Law and Policy* 501 509-510.

²¹**Perry MJ** 'Interpreting the Constitution' (1987) 4 *Brigham Young University LR* 1157.

²²**Eskridge** (1994) 9-11. Sien ook hfst 3 hierbo.

²³Volgens **Du Plessis LM** 'Legal academics and the open community of constitutional interpreters' (1996) *SAJHR* 214 218 is die *original intent*-teorie 'n manifestasie van die *only one meaning*-sindroom.

²⁴Sien oa **Bork RH** 'Neutral principles and some First Amendment problems' (1971) 47 *Indiana LJ* 1ff; en **Berger R** 'New theories of "interpretation": the activist flight from the Constitution' (1986) 47 *Ohio State LJ* 1ff tov 'n *strict originalist*-benadering.

²⁵Vgl egter **Powell HJ** 'The original understanding of original intent' (1985) 98 *Harvard LR* 885ff, en **Baade HW** 'Original intent' in historical perspective: some critical glosses' (1991) 69 *Texas LR* 1001ff, wat meen dat die historiese grondslae van *originalism* nie 'n subjektiewe bedoelingsbenadering steun nie.

²⁶**Berger** (1986) 9. Sien daarenteen **Fish S** (1980) *Is there a text in this class?: the authority of interpretive communities* 327, wat argumenteer dat uitleggers nie 'n oorspronklike teks uitleë nie, maar telkens 'n nuwe een 'skep'. Dus is daar nie enige objektiwiteit in die proses ter sprake nie.

vattings tred hou nie, het **Bork** later 'n 'gematigde' bedoelingsbenadering voorgestel: volgens hom moet die regbank die wetgewer se oordeel volg, tensy daar 'n duidelike teenoorgestelde bedoeling uit die Grondwet blyk. Hierdie bedoeling verwys nie na die bedoeling van die oorspronklike opstellers van die Grondwet nie, maar wel na hoe die algemene publiek die betrokke bepaling ten tye van die Grondwet se aanvaarding verstaan het. Die regter moet egter nie probeer om die algemene aspek van die oorspronklike betekenis wyer uit te lê as wat die teks, struktuur en geskiedenis van die Grondwet toelaat nie.²⁷ **Brest** wys egter daarop dat hierdie benadering nie rekening hou met met bestaande wêreldbeskouings nie, en dus behels dit

the counterfactual and imaginary act of projecting the adopters' concepts and attitudes into a future they probably could not have envisioned.²⁸

Alhoewel in die minderheid, is daar ook diegene wat 'n *common law*-benadering tot grondwetuitleg voorstaan. **Epstein**²⁹ baseer sy standpunte op die teks van die Grondwet, en nie op die bedoeling van die opstellers nie. Sy teorie is op 'n Romeinsregtelike metode van wetsuitleg gebaseer: die regter begin deur 'n *common law*-betekenis aan aan bepalings te heg om sekere gevalle as sogenaamde *paradigms* te identifiseer; dan brei die regter die woorde uit om ander soortgelyke en analoë gevalle te dek; en laastens besluit die regter watter optrede onder die geïdentifiseerde analogiese paradigmas geregverdig is, of verbied moet word. Dié benadering is daarop gemik om te verseker dat die regter aan die oorspronklike woorde van die Grondwet getrou bly, maar tog die teks by veranderende omstandighede te laat aanpas. **Strauss**³⁰ stel ook 'n *common law*-benadering by grondwetuitleg voor, wat uit twee komponente bestaan: rasionele tradisionalisme ('n erkenning van beide die waarde van gevolgtrekkings en beslissings wat evolusionêr bereik is, asook daardie omstandighede wanneer sulke gevolgtrekkings verwerp moet word), en konvensionalisme (die aanvaarding van die teks se sentrale rol tydens die uitlegproses). In ooreenstemming met die *common law*

²⁷**Bork** (1990) 144-150.

²⁸**Brest P** 'The misconceived quest for original understanding' (1980) *Buffalo University LR* 204. Sien ook **Tushnet M** 'Following the rules laid down: a critique of interpretivism and neutral principles' (1983) 96 *Harvard LR* 781ff vir 'n kritiese beskouing van die *original intent*-benadering.

²⁹**Epstein RA** 'A common lawyer looks at constitutional interpretation' (1992) 72 *Boston University LR* 699ff.

³⁰**Strauss DA** 'Common law constitutional interpretation' (1996) 63 *University of Chicago LR* 877ff.

word die prominente rol wat die regter in die regsorde speel (dmv 'n proses van evolusionêre skeppende regsforming), erken. Gevolglik word aanvaar dat grondwet-uitleg nie net met die teks van die Grondwet te make het nie, maar ook met daardie ongeskrewe grondwetlike beginsels wat oor die jare ontwikkel het.

Wechsler³¹ het, in reaksie op die Amerikaanse 'realiste' se sogenaamde *ad hoc*-ontwikkeling van die 'oop' (*open-ended*) bepalinge soos *equal protection*, 'n teorie van neutrale beginsels van grondwetuitleg voorgestel. Alhoewel hy die hoër se grondwetlike toetsingsreg erken, is hy van mening dat alle beslissings op beginsels van neutraliteit en algemeenheid gebaseer moet wees: die beginsels moenie net op die bepaalde geval voorhande van toepassing wees nie, maar ook op toekomstige gevalle. Gevolglik moet alle beslissings op beredeneerde beginsels berus. Hierdie algemene, neutrale beginsels moet op al die aspekte van die saak van toepassing wees, en moet verder strek as net die uitslag van die betrokke geval. **Greenawalt**³² verduidelik dat Wechsler se neutrale beginsels nie beteken dat die regter nie veranderende omstandighede en waardes tydens grondwetuitleg in ag moet neem, óf wetgewing meganies moet uitleë nie: dit beteken bloot dat die beslissing op beginsels gebaseer moet wees, en dat die beginsels ook in soortgelyke gevalle in die toekoms toegepas kan word.

○ **Dinamiese teorieë**

'n Wye reeks uiteenlopende teorieë en denkrigtings kan onder die dinamiese (*non-interpretivist*) benaderings tuisgebring word. Hoewel die toepassingsgrense van hierdie benaderings verskil, het hulle één beginsel in gemeen: grondwetuitleg bestaan nie net uit die soeke na die oorspronklike betekenis van die grondwetlike teks of die 'bedoeling van die opstellers' nie, maar behels ook verskeie ekstratekstuele bronne en faktore.³³

³¹**Wechsler H** 'Towards neutral principles of constitutional law' (1959) 73 *Harvard LR* 1 ff.

³²**Greenawalt K** 'The enduring significance of neutral principles' (1978) 78 *Columbia LR* 982 ff.

³³Wat 'n ekstratekstuele grondwetlike verwysingsraamwerk betref, is dit insiggewend dat die moderne ontwikkelings op die gebied van internasionale menseregte nie 'n rol in die Amerikaanse grondwetlike debat speel nie: die politieke proses, meerderheidsregering en die *original intent of the Framers* oorheers die jurisprudentiële diskoers.

Perry³⁴ verteenwoordig oënskynlik 'n gematigde kontekstuele uitgangspunt, want hy poog om 'n balans tussen die grondwetlike teks en ekstratekstuele faktore te vind:

Nonoriginalism holds that a judge may enforce not only principles communicated directly or indirectly by the constitutional text; a judge may also enforce some political-moral principles not communicated, even directly, by the constitutional text (as originally understood or otherwise) ... Although nonoriginalism does not confine a judge to enforcement, and, therefore, to interpretation, of the Constitution as written, neither does it exclude enforcement/interpretation of the written text. No conception of constitutional interpretation that excluded interpretation of the written text would be taken seriously.³⁵

Die band met die grondwetlike teks is egter nie 'n dekmantel vir suiwer tekstuele uitleg nie: die teks is die primêre simbool van die oorspronklike, onderliggende aspirasies wat in die Grondwet opgeneem is, welke waardes deur die regbank in gedagte gehou moet word tydens grondwetuitleg.³⁶

Deur middel van 'n normdoeldienende³⁷ benadering skep **Sandalow**³⁸ 'n brug tussen die *originalist* en *nonoriginalist*-standpunte: die grondwetlike waardes wat in die Grondwet vasgelê is, verteenwoordig die belangrikste doelwitte van die opstellers. Tydens toekomstige vertolkings van die Grondwet word die grondwetlike waardes in die lig van veranderende omstandighede uitgelê, sonder om die oorspronklike groter doelwitte uit die oog te verloor. Dit bring mee dat die regter gelyktydig uiting gee aan die waardes van die nasie wat tans deur die Grondwet gebind is, en ook getrou bly aan die groter doelwitte van die oorspronklike opstellers. Gevolglik word die grondwetlike waardes wat opeenvolgende geslagte uit dié doelwitte put, in aanmerking geneem: die vertolkers van die Grondwet word deur die verlede gelei, maar nie daardeur beheer nie:

Constitutional law thus emerges not as exegesis, but as a process by which each generation gives formal expression to the values it holds fundamental in the operations of government. The intentions of the framers describe neither its necessary minimal content nor its permissible outer limits.³⁹

³⁴**Perry MJ** 'The legitimacy of particular conceptions of constitutional interpretation' (1991) 77 *Virginia LR* 669ff.

³⁵**Perry** (1991) 687.

³⁶**Perry MJ** 'The authority of text, tradition, and reason: a theory of constitutional interpretation' (1985) 58 *University of California LR* 551 563-564.

³⁷Sien egter **Simmons C** 'Unmasking the rhetoric of purpose: the Supreme Court and legislative compromise' (1995) 44 *Emory LJ* 117 172 se argument dat doeldienende uitleg tot arbitrêre en inkonsekwente uitsprake aanleiding gee.

³⁸**Sandalow T** 'Constitutional interpretation' (1981) 79 *Michigan LR* 1033ff.

³⁹**Sandalow** (1981) 1068.

Grondwetuitleg groei dus evolusionêr: die oorspronklike betekenis van die Grondwet word nie eensklaps oorboord gegooi nie, maar word stuk vir stuk aangepas.

Baie ander skrywers verwys na waarde-oordele⁴⁰ tydens grondwetuitleg. **Kaplin**⁴¹ wys daarop dat 'n waardebaseerde metode van grondwetuitleg 'n soeke na fundamentele grondwetlike waardes en beginsels behels. Hierdie waardes moet nogtans gedeelde nasionale waardes, en nie bloot tydelike of populêre waardes nie, wees. Hierdie grondwetlike waardes en beginsels is nie net in die teks, geskiedenis en struktuur van die Grondwet te vinde nie, maar ook in talle buite-konstitusionele bronne (oa filosofiese, morele, godsdienstige en etiese waardestelsels) wat die Grondwet voorafgegaan het en steeds onderlê. Hy bepleit dan ook 'n waardebaseerde uitlegbenadering wat aan die teks van die Grondwet veranker is:

Thus constitutional values may be developed and refined over time, as interpreters encounter new circumstances and new knowledge not extant at the time of the Constitution's framing. Through the experience of such successive new encounters, and through the progress of the human mind, interpreters may better understand the ramifications of constitutional values and discover their previously unexplored dimensions. The anchor line tethering our vessel of values may thus become encrusted with layers of life experience, becoming longer and stronger due to human progress, but remaining solidly embedded in the Constitution.⁴²

Dworkin is van mening dat die regbank fundamentele beginsels moet artikuleer: grondwetlike toetsing verseker dat die mees fundamentele aspekte van politieke moraliteit as beginselvraagstukke gedebatteer word, en nie net as blote magspolitiese kwessies nie.⁴³ In die proses moet die howe die morele begrippe onderliggend aan sekere 'oop' bepalings, ontwikkel.⁴⁴ **Fallon** wys op twee soorte waarde-argumente: dié

⁴⁰**Thompson JA** 'Principles and theories of constitutional interpretation and adjudication: some preliminary notes' (1982) *Melbourne University LR* 597 606 verwys hierna as *substantive theory*, wat ook aansluit by **Cockrell** (1996) 3-10 se omskrywing van 'n *substantive vision of law*. Sien ook **Tribe LH** 'The puzzling persistence of process-based constitutional theories' (1980) 108 *Yale LJ* 1063 1066 se verwysing na grondwetlike waardes:

'[T]he concerns that underlie and explain the structures and arrangements ordained by the Constitution are themselves undeniably substantive.'

⁴¹**Kaplin** (1990) 1000-1013.

⁴²**Kaplin** (1990) 1009-1010.

⁴³**Dworkin R** 'The forum of principle' (1981) 56 *New York University LR* 469 516-517.

⁴⁴**Dworkin R** (1978) *Taking rights seriously* 131-149. Vgl ook Dworkin se siening van *law as integrity* in hfst 3 hierbo, asook **Pilon R** 'Freedom, responsibility, and the Constitution: on recovering our founding principles' (1992) 68 *Notre Dame LR* 507ff, wat 'n terugkeer na die grondwetlike waardes bepleit.

wat gebruik word om betekenis te gee aan grondwetlike bepalings wat uitdruklike waarde-oordele vereis (bv die *due process*-klousules), en dié wat gebruik word om 'n keuse uit te oefen waar kompeterende belange en regte teenoor mekaar opgeweeg word.⁴⁵ Die probleem met hierdie benadering is dat die Amerikaanse Grondwet nie fundamentele grondwetlike waardes uitdruklik positiewe nie, en ook nie die verwerking van daardie waardes uitdruklik aan die hof toevertrou nie. In die lig van die *countermajoritarian*-argument word 'n waardebaseerde metode nie as 'n algemeen-aanvaarde model van grondwetuitleg aanvaar nie:

[A]ll the many attempts to build a moral and political doctrine upon the conception of a universal human nature have failed. Either the allegedly universal ends are too few and abstract to give content to the idea of the good, or they are too numerous and concrete to be truly universal ... Our society does not accept the notion of a discoverable and objectively valid set of moral principles.⁴⁶

Grano⁴⁷ erken dat fundamentele waardes tydens grondwetuitleg in ag geneem moet word, maar koppel die toepassing daarvan aan 'n ortodokse uitlegbenadering:

Honest interpretivist judges ... will realize the scope of their task and will seek to bind the present and the future only by value judgments that the various framers of our Constitution actually have enshrined in the Constitution. Unlike their noninterpretivist counterparts, they will not seek to impose constitutional restraints on the future by writing into the Constitution values derived from external sources. To this extent, therefore, interpretivist judges, unlike their noninterpretivist counterparts, will permit the future to govern itself.⁴⁸

In 'n ortodokse reaksie teen die sogenaamde *free-form* metodes van grondwetuitleg, beklemtoon **Tribe**⁴⁹ daardie aspekte wat van grondwetuitleg 'n juridiese aktiwiteit maak: die algemeen-aanvaarde uitlegbeginsels, asook die dwingende waarheid van teks, struktuur en geskiedenis. Die struktuur verwys na aspekte binne die teks (die patroon en interaksie van die taal), en buite die teks (die politieke strukture, owerheidsinstellings en demokratiese prosesse wat deur die Grondwet geskep is). Teks en struktuur is deurslaggewend: tydens grondwetuitleg mag die hof nie die *gaps in the constitutional map* as *holes in constitutional space* beskou nie.⁵⁰

⁴⁵Fallon (1987) 1207.

⁴⁶Ely JH (1980) *Democracy and distrust: a theory of judicial review* 51-54.

⁴⁷Grano JD 'Judicial review and a written constitution in a democratic society' (1981) 28 *Wayne LR* 1ff.

⁴⁸Grano (1981) 75.

⁴⁹Tribe LH 'Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation' (1995) 108 *Harvard LR* 1221ff.

⁵⁰Tribe (1995) 1245.

Daarteenoor huldig **Brest** 'n teenoorgestelde, waardebaseerde standpunt oor grondwetuitleg: hy gaan sover om slegs 'n vermoede van geldigheid aan die bepalings van die Grondwet toe te ken, welke vermoede deur geldende gemeenskapswaardes (*contemporary societal values*) weerlê kan word.⁵¹

Ook **Eisgruber**⁵² bepleit 'n waardebelaaide benadering tot grondwetuitleg. Hy wys daarop dat die meeste grondwetlike teoretici aanvaar dat grondwetuitleggers apologeties teenoor die Grondwet staan: die meerderheid van die debatte (bv oor regterlike aktivisme en *originalism*) word gevoer oor watter tipe apologie die beste sal wees. In teenstelling met die beheptheid met demokratiese prosesse, *counter-majoritarian*-dilemmas en die bedoeling van die opstellers, het Eisgruber se teorie met fundamentele waardes, grondwetlike norme en wysheid of omsigtigheid (*prudence*) te doen:

The resulting theory traces constitutional authority to the *substantive goodness of constitutional norms*, rather than to the process that created them.⁵³

Die Grondwet omvat derhalwe nie net die teks nie, maar ook die onderliggende 'ongeskrewe of informele grondwet'.⁵⁴ Gevolglik is hierdie teorie 'n poging om geregtigheid en grondwetlike teks met mekaar te versoen.

Voorstaanders van 'n sosiologiese jurisprudensie beklemtoon die feite van grondwetlike geskille, en dat die regter kompeterende gemeenskapsbelange en waardes moet identifiseer, balanseer en aanpas. In die proses moet die regter ook bewus wees van die verskillende maatskaplike gevolge wat elke moontlike beslissing inhou. Die bedoeling van die opstellers, die grammatikale betekenis, grondwetlike geskiedenis en vorige beslissings is ondergeskik aan die belange van die gemeenskap tydens

⁵¹**Brest** (1980) 228-229.

⁵²**Eisgruber CL** 'Justice and the text: rethinking the constitutional relation between principle and prudence' (1993) 43 *Duke LJ* 1ff.

⁵³**Eisgruber** (1993) 2 (my kursivering).

⁵⁴Aangesien hierdie bronne van fundamentele waardes nie aan 'n formele ratifiseringsproses onderworpe is nie, word 'informele grondwet' eerder gebruik, ook omdat dié bronne (bv Martin Luther King se *I have a dream*-toespraak) wel in geskrewe vorm is. Sien **Eisgruber** (1993) 20 nt 65. Vgl ook **Kruger** (1991a) 229ff (die 'ongeskrewe' teks van die Grondwet), **Wiechers** (1985b) 383ff (*the fundamental laws behind the Constitution*) en **Davis** (1996) 385ff (die Grondwet se *underlying theory*) in dié verband.

grondwetuitleg.⁵⁵ 'n Vroeë verteenwoordiger van dié teorie was **Michelman** se *minimum welfare*-teorie. Hy voer aan dat ekonomiese ongelykhede met die grondwetlike waardes bots wanneer die staat by aktiwiteite wat tot hierdie ongelykhede aanleiding gee het, betrokke is, en dat die regbank se ingrype tot ekonomiese gelykheid moet lei.⁵⁶ In aansluiting hierby beklemtoon die pragmatiese jurisprudence (*utilitarian jurisprudence*) ook die praktiese gevolge van grondwetuitleg: die enigste maatstaf vir uitleg is die praktiese nut (*utility*) daarvan vir die gemeenskap. Die normatiewe aard van grondwetuitleg het te doen met die probleme wat die Grondwet moet aanspreek, en watter uitleg daardie probleme die beste sal aanspreek: die ware betekenis en die nuttige betekenis is dieselfde.⁵⁷ **Posner** (een van die leidende figure in die *sg law and economics movement*), is 'n voorstaander van 'n meer gematigde weergawe van hierdie uitgangspunt: alhoewel regters alle menslike behoeftes (insluitende ekonomiese behoeftes) in ag moet neem tydens grondwetuitleg, is die maatskaplike nut (*social utility*) slegs een van die talle faktore wat deur die regter in aanmerking geneem moet word.⁵⁸

Die politieke proseteorie is, afgesien van die *original intent*-benadering, die mees toonaangewende teoretiese konstruksie om die *countermajoritarian*-argumente ten opsigte van grondwetlike toetsing te probeer vermy. Waar die *original intent*-benadering probeer om die sogenaamde ondemokratiese aard van die houe se toetsingsreg deur middel van die oorspronklike betekenis van die grondwetlike teks aan bande te lê, benader die politieke proseteorie die probleem uit 'n ander hoek. Grondwetlike toetsing word wel erken, maar dit moet op die beskerming en verbetering (*enhancement*) van die demokratiese politieke proses gerig wees.⁵⁹ Die regbank moet slegs op prosessuele

⁵⁵Sien **Antieau** (1982) 197 hieroor. Vgl ook die belangeleer (*Interessenjurisprudenz*) as wetsuitlegbenadering in hfst 3 hierbo.

⁵⁶**Michelman F** 'On protecting the poor through the Fourteenth Amendment' (1969) 83 *Harvard LR* 79. Sien ook **Michelman F** 'A constitutional conversation with professor Frank Michelman' (1995) *SAJHR* 477ff, waar hy 'n meer holistiese benadering voorstel: teks, bedoelings en oogmerke moet in die lig van die uiteindelijke gevolge en 'n *sense of justice* uitgelê word.

⁵⁷**Greenstein RK** 'Text as tool: why we read the law' (1995) 52 *Washington and Lee LR* 105 128-129.

⁵⁸**Posner RA** (1990) *The problems of jurisprudence*.

⁵⁹**Tribe** (1980) 1064 beskryf dit as die *process-perfecting view of constitutional law*, terwyl **Ely** (1980) 87 daarna as 'n *participation-oriented, representation-reinforcing theory* verwys. Ook **Thompson** (1982) 609 beskryf dit as die *representation-reinforcing theory of judicial review*. Sien ook **Llewellyn K** 'The

aspekte van politieke deelneming konsentreer, en mag slegs ingryp indien die wetgewer ondemokraties opgetree het deur 'n beperking van die prosesse van verteenwoordigende demokrasie: verteenwoordigende en deelnemende demokrasie moet op 'n gelyke basis vir almal beskikbaar wees. Die substantiewe meriete (waardebaserde oorwegings) van die geval is nie ter sprake nie.⁶⁰ Hierdie teorie is hoofsaaklik gebaseer op die uitspraak in *United States v Carolene Products Company*,⁶¹ waarin regter Harlan Stone drie regverdigingsgronde vir grondwetlike toetsing uiteengesit het: eerstens, indien dit blyk dat 'n bepaalde verbod in die Grondwet oortree is; tweedens, indien wetgewing aanvaar word om politieke prosesse (wat normaalweg gebruik sou kon word om ander ongewenste wetgewing te herroep), te beperk; en derdens, indien óf wetgewing aanvaar word wat sekere godsdienstige-, etniese- of rasse minderhede belas, óf die prosesse wat gewoonlik gebruik word om minderhede te beskerm, ingekort word.

Dit is juis Ely se argument dat grondwetlike toetsing op waarde-neutrale (*non-substantive*) gronde moet plaasvind, wat tot die meeste kritiek teen die teorie aanleiding gegee het. **Tribe & Dorf**⁶² argumenteer dat sou die substantiewe aspekte van die Grondwet geïgnoreer word, bloot om die dokument binne die politieke proseteorie te laat inpas, dit net so verkeerd is as wanneer betekenis in die Grondwet 'ingelees' word. In reaksie op die kritiek teen die Elyteorie, het **Klarman** 'n gewysigde weergawe daarvan gepostuleer waarin *United States v Carolene* se derde regverdigingsgrond vir grondwetlike toetsing weggelaat word. Met verwysing na stemreg, argumenteer Klarman dat die eerste twee gronde voldoende is om die demokratiese prosesse te beskerm.⁶³ Die kritiek hierop was dat dit nie aanvaar kan word dat die reëls wat politieke strukture beheer, waardevol is nie,⁶⁴ en dat die reg om te stem nie die enigste aspek

Constitution as an institution' (1934) 34 *Columbia LR* 1-2 se standpunt dat die Grondwet 'n komplekse instelling is en deel van die totale owerheidspraktyk vorm.

⁶⁰Ely (1980) 181.

⁶¹304 US 144 (1938).

⁶²**Tribe LH & Dorf MC** (1992) *On reading the Constitution* 27. Sien ook **Tushnet M** 'Darkness on the edge of town: the contribution of John Hart Ely to constitutional theory' (1980) 89 *Yale LJ* 1037ff.

⁶³**Klarman M** 'The puzzling resistance to political process theory' (1991) 77 *Virginia LR* 747 786-819.

⁶⁴**Tribe** (1980) 1068. Ook **Sunstein C** (1993) *The partial Constitution* 104-105 wys daarop dat die Grondwet talle substantiewe (materiële) waardes insluit wat nie met die politieke proseteorie ondervang kan word nie.

van 'n regverdige deelname aan die politieke proses is nie.⁶⁵ Nog 'n variasie hierop is die regsformende benadering van **Munzer & Nickel**, wat meen dat die Grondwet 'n unieke produk van teks en *institutional practice* is, en dat begrippe soos 'betekenis' en 'uitleg' hierdie dualisme moet weerspieël. Die Grondwet is nie net 'n geskrewe grondwetlike instrument nie, maar 'n teksgebaseerde institusionele praktyk (*practice*) waarbinne die vertolkers nuwe grondwetlike norme kan skep.⁶⁶

Die sogenaamde *interest group*-teorie⁶⁷ is 'n vertakking van die politieke proseteorie wat uit die ekonomiese- en staatswetenskappe ontwikkel het: aangesien die deelnemers aan die moderne politieke proses eie belang nastreef, bring die demokratiese stelsel gereeld resultate voort wat nie met die algemene openbare belang strook nie. Gevolglik moet die howe se grondwetlike toetsingsreg versterk word, sodat die regbank minder eerbiedig (*deferential*) teenoor die politieke proses sal wees en die resultate die openbare belang sal dien. Meer nougesette (*rigorous*) grondwetlike toetsing is nodig om wetgewing wat die politieke mag van belangegroepe bevoordeel, ongeldig te verklaar. Die grondslag van hierdie teorie is dat die regsproses (en regterlike regsforming)⁶⁸ meer effektief sal wees om die openbare belang te dien as sekere politieke prosesse, aangesien die moderne demokratiese proses nie meer die wil van die meerderheid kiesers weerspieël nie.

Die *Critical Legal Studies*-beweging het ook tot die debat oor grondwetuitleg bygedra.⁶⁹ **Tushnet**⁷⁰ meen dat geen bestaande teorie in staat is om grondwetuitleg te bepaal of te beperk nie. Selfs indien dit moontlik sou wees om vaste teoretiese riglyne vir

⁶⁵Posner RA 'Democracy and distrust revisited' (1991) 77 *Virginia LR* 641 648.

⁶⁶Munzer SR & Nickel JW 'Does the Constitution mean what it always meant?' (1977) 77 *Columbia LR* 1028 1030 en 1045.

⁶⁷Sien veral Elhauge ER 'Does interest group theory justify more intrusive judicial review?' (1991) 101 *Yale LJ* 31ff vir 'n kritiese beskouing van hierdie benadering.

⁶⁸Sien ook in hierdie verband Schacter JS 'Metademocracy: the changing structure of legitimacy in statutory interpretation' (1995) 105 *Harvard LR* 593 595: volgens die metademokratiese teorie is wetsuitleg nie net daarop gemik om die betekenis van bepalings vas te stel nie, maar ook om die institusionele en maatskaplike resultate van die demokratiese proses te verhoog.

⁶⁹West RL 'Constitutional scepticism' (1992) 72 *Boston University LR* 765 788 verwys na CLS en ander 'progressiewe' benaderings as *constitutional sceptics*.

⁷⁰Tushnet M 'Constitutional interpretation, character and experience' (1992) 72 *Boston University LR* 747ff.

grondwetuitleg vas te stel, is daar nog steeds nie enige aansporing vir individuele regters om só 'n teorie te volg nie. Aangesien regters op hulle eie diskresie en oordeel aangewese is, moet daar eerder op die regters se ondervinding as maatstaf vir hulle persoonlike karaktereienskappe gefokus word. Ondervinding en die karaktereienskappe wat daaruit voortspruit sal dan die gevare van persoonlike regterlike intuïsie tydens grondwetuitleg vermy.⁷¹ Afgesien daarvan dat die liberale regsïdee en die hoër se *rights rhetoric* bloot 'n dekmantel is vir die instandhouding van bestaande magsverhoudings,⁷² is die uiteindelijke betekenis van grondwetlike bepalinge subjektief en onbepaald (*indeterminate*), want die regter (as vertolker) se persoonlike en subjektiewe beskouings stel die liberale idee van stabiliteit, rasionaliteit en objektiwiteit in gevaar.⁷³

Uit die aard van die saak beklemtoon die voorstanders van talle *non-interpretivist*-benaderings die regsformende funksie van die regbank tydens grondwetuitleg. **Shaman**⁷⁴ sien grondwetuitleg as 'n dinamiese en skeppende proses, waardeur nuwe betekenis van die Grondwet se bepalinge deur middel van interpretasie en herinterpretasie geskep word. Baie van hierdie nuwe betekenis word nie net uit die teks van die Grondwet afgelei nie, maar is ook op die regters se persoonlike waardes, asook 'n aantal ekstratekstuele bronne (oa die lesse van die geskiedenis, algemene beskaafde norme, die natuurreg, fundamentele demokratiese beginsels en geregtigheid (*justice*), asook geordende vryheid) gebaseer. Die opstellers van die Grondwet was wys genoeg om talle normvroe (*open-ended*)⁷⁵ bepalinge as magtiging vir toekomstige grondwetlike kreatiwiteit te verorden. Hierdie regterlike kreatiwiteit is deel van die regbank se funksie as een van die grondwetlike kruiskontroles (*checks and balances*):

⁷¹Vir ander 'progressiewe' teorieë oor grondwetuitleg, sien oa **Williams P** 'The obliging shell: an informal essay on formal equal opportunity' (1989) 87 *Michigan LR* 2128ff (vir die sg *critical race theory*), en **Minow M** 'Justice engendered' (1987) 101 *Harvard LR* 10ff (vir 'n feministiese uitgangspunt). [Vir 'n volledige bibliografie van *critical race theory*-aanhangers (onder meer Derrick Bell), sien **Delgado R & Stefancic J** 'Critical race theory: an annotated bibliography' (1993) 79 *Virginia LR* 461-516.]

⁷²Vgl hfst 3 hierbo vir 'n oorsig van CLS se standpunte oor wetsuitleg in die algemeen.

⁷³**Tushnet M** (1988) *Red, white, and blue: a critical analysis of constitutional law* 6-11.

⁷⁴**Shaman JM** 'The Constitution, the Supreme Court, and creativity' (1982) 9 *Hastings Constitutional LQ* 257ff.

⁷⁵Sien ook **Loenen** (1996) 125:

'De wens om (meer) recht te doen aan het individuele geval wordt in de literatuur gezien als een van de belangrijkste oorzaken voor de sterke toename van open of vage normen in het recht. Ze vormen "sluiproetes naar een billijke oplossing".'

Devoid of creativity, the Court would become a mere puppet, dancing to the tune of the other branches of government. Because the Court's creativity lies at the core of its character, deprivation of its creativity would be tantamount to abolition of the Court itself.⁷⁶

Wachtler bevraagteken die tradisionele regverdigings vir die howe se regs vormende funksie (die sg *Council of Elders*, die delegasie-teorie en die beskerming van die swakkeres in die gemeenskap).⁷⁷ Volgens hom is die regverdiging vir regterlike regs vorming in die aard van die juridiese proses geleë: die wetgewer het 'n wye, toekomstige wêreldbeskouing, terwyl die regbank met 'n botsing tussen die reg en die harde feite van die werklikheid gekonfronteer word. Die hof moet veral die fundamentele regte in die Grondwet op 'n bepaalde konkrete situasie toepas.⁷⁸

Chemerinsky koppel die regs vormende rol van die regbank aan waarde-oordele, aangesien die howe tydens grondwetuitleg 'n bepaling aan die hand van moderne toepassings van die grondwetlike waardes moet vertolk:

The other way to interpret a provision is to construe its language without reference to the Framers' intent, allowing it to evolve based on modern applications of the Constitution's values. From this perspective, the language of the Constitution is a vessel that can be filled with new meanings through interpretation. The difference between these two approaches is the choice between originalism and nonoriginalism.⁷⁹

Alhoewel **Rostow** deel van die Amerikaanse 'Realistiese Skool'⁸⁰ uitmaak, regverdig sy waarde-aktiverende standpunt 'n afsonderlike bespreking. Hy baseer sy standpunt op 'n aantal basiese grondslae:

- Die mens is 'n produk van persoonlike filosofieë (dws 'n mengelmoes van geskiedenis, beginsels, herinneringe, mites en veronderstellings).
- Die invloed wat idees op gebeure het, is veral op die gebied van die reg waarneembaar, want die reg moet altyd volgens beginsels funksioneer. In die proses moet juridiese instellings 'n paar belangrike funksies vervul, onder meer

⁷⁶Shaman (1982) 274.

⁷⁷Wachtler (1990) 11-13.

⁷⁸Wachtler (1990) 16-19. Vgl ook Labuschagne (1989) 206 (hfst 3 hierbo) se siening dat die regbank die abstrakte struktuurwet tot volle funksiewet moet operasionaliseer.

⁷⁹Chemerinsky E (1987) *Interpreting the Constitution* 60. Sien ook Perry MJ (1982) *The Constitution, the courts and human rights* 11 vir 'n soortgelyke beskouing oor waarde-oordele.

⁸⁰Rostow (1962) xv.

'n volgehoue poging om die formele neergelegde regsreëls by veranderende sosiale en morele waardes te laat aanpas; en 'n strewe om bestaande vlakke van sosiale gedrag, en die reg in die praktyk, tot dié van die aanvaarde juridiese standarde te verhoog.

- Die reg is nie net 'n stel reëls van 'n soewereine gesag wat bepaal wat reg en verkeerd is nie, maar eerder 'n stelsel van sosiale orde, wat sekere beginsels (*rules of law*) vir die toepassing van reg en geregtigheid gebruik.

Gevolgtrek is die regter noodwendig by regsvorming en beleidsvraagstukke betrokke: die regter vind nie net die reg nie, maar skep dit. Die reg is 'n middel tot sekere sosiale doelwitte, en nie bloot die doel op sigself nie.⁸¹ Met verwysing na Montesquieu wys hy daarop dat die reg-in-aksie nie net tot die bestaande standarde van die regsideaal gebring moet word nie, maar dat die regsideaal self aanhoudend verbeter moet word. Die regbank is daarom tydens grondwetuitleg die leidende deelnemer in hierdie proses om die waardes van vryheid en menswaardigheid te bevestig, deur

[a]n affirmative theory of constitutional law, animated by the purposes and values of modern democracy ...⁸²

□ Die *political thicket*⁸³

Die Amerikaanse *Supreme Court* se grondwetlike toetsingsreg is nie uitdruklik deur die Grondwet toegeken nie, maar is deur die hof in *Marbury v Madison* afgelei. Sedertdien word die debat oor grondwetuitleg oorheers deur pogings om die republikeinse beginsel van populêre meerderheidsregering met die beginsel van grondwetlike toetsing deur 'n onverkose regbank te versoen:

The serious questions for constitutional theory do not concern - not any longer - the legitimacy of this or that constitutional interpretation. They concern, rather, politics and judicial role.⁸⁴

⁸¹Rostow (1962) 15.

⁸²Rostow (1962) 306. Sien ook Woolman (1994) 60 wat ook na *animate* vir só 'n 'aktivering' verwys, en McWhinney (1986) 167 wat ook na *affirmative judicial review* verwys.

⁸³Dié beskrywing is deur Frankfurter R in *Colegrove v Green* 328 US 549 (1946) gebruik (aangehaal in Koopmans (1978) 21).

⁸⁴Perry (1991) 719.

Dit is ironies dat die wêreld se oudste bestaande grondwet, wat vir miljoene dwarsoor die wêreld die simbool van vryheid, gelykheid en *limited government* is, steeds in die skadu van die wil van 'n soewereine wetgewer is. Trouens, **Aleinikoff**⁸⁵ is eerlik genoeg om die samehang tussen wetsuitleg en die Amerikaanse demokratiese teorie binne die konteks van *legislative supremacy* saam te vat. **Schacter** verduidelik hierdie verskynsel as volg:

The impulse to reconcile the enterprise of statutory interpretation with the idea of legislative supremacy has a kind of primal quality and reflects the central preoccupation in American law with constraining judicial discretion because of the fear that judicial lawmaking will compromise democracy and undermine the rule of law. Fidelity to the legislature is thought to satisfy the demands of democratic theory by allowing popularly elected officials, presumed to be accountable to their constituents, to make policy decisions.⁸⁶

Daar word dus gevrees dat 'n onbeteuelde 'aktivistiese' regbank wat nie aan die kiesers verantwoordelik is nie, tot regterlike oppergesag sal lei,⁸⁷ wat die besluite van politieke liggame sal veto deur middel van skeppende interpretasie van sogenaamde *open-ended* bepalings.⁸⁸ Alhoewel **Bickel** ook van mening is dat die hof se grondwetlike toetsingsreg 'n afwyking van die demokratiese beginsels is, is hy oortuig dat die howe nietemin beter toegerus is om waarde-oordele te vel en beginselbesluite te neem.⁸⁹

Die aanstellingsprosedure van Amerikaanse federale regters dra ook by tot die politieke dilemma waarin die grondwetlike jurisprudence hom bevind. Ingevolge die Grondwet word federale regters deur die President genomineer, onderhewig aan die Senaat se goedkeuring na openbare ondersoeke (*hearings*)⁹⁰ deur die Senaat se *Judiciary Subcommittee*. In die onlangse verlede het hierdie prosedure gepaard gegaan met

⁸⁵**Aleinikoff** TA 'Updating statutory interpretation' (1988) 87 *Michigan LR* 20 31.

⁸⁶**Schacter** (1995) 594.

⁸⁷Vgl bv **Ely** (1991) 864-865; **Choper J** (1980) *Judicial review and the national political process* 2. Sien ook **Visser PJ** 'Horisontaliteit van fundamentele regte afgewys' (1996) *THRHR* 510ff se beheptheid met 'n 'dikastokrasie' en sg 'vryswewende' en 'rondrywende' uitlegmetodes. Vgl daarteenoor Sachs R in *Du Plessis v De Klerk* 1996 1996 3 SA 850 (CC) para 181 vir 'n juridies-gefundeerde waarskuwing teen die gevaar van regterlike oppergesag.

⁸⁸**Greenawalt** (1978) 983. Sien ook **Davis et al** (1994) 7, wat daarop wys dat beide die 'liberale' Warren-hof en die 'konserwatiewe' Rehnquist-hof uitsprake gelewer het wat, afhangende van die kritici se politieke oortuigings, almal as 'aktivisties' gebrandmerk is.

⁸⁹**Bickel** (1962) 18 en 25-27.

⁹⁰Sien bv **Corder** (1992) 207-209 oor hierdie prosedure (veral met verwysing na Bork se geval).

pogings⁹¹ van die Presidente om ideologies-aanvaarbare kandidate vir die *Supreme Court* te nomineer.⁹² In die proses wil dit voorkom of die regbank 'n politieke speelbal geword het:

In the past few decades American institutions have struggled with the temptations of politics ... It is coming to be denied that anything counts, not logic, not objectivity, not even intellectual honesty, that stands in the way of the 'correct' political outcome.⁹³

Tushnet meen dat grondwetlike toetsing op die liberale tradisie gebaseer is, maar deur die republikeinse tradisie aangevul moes word om dit intellektueel samehangend en aanvaarbaar te maak. Die gevolg van hierdie kombinasie is dat grondwetlike toetsing noodsaaklik is, maar terselfdertyd onmoontlik blyk te wees.⁹⁴ Die gebrek aan 'n standhoudende en algemeen-aanvaarde paradigma vir grondwetuitleg in die VSA kan nogtans nie net aan die beheptheid met 'n republikeinse *majoritarianism* toegeskryf word nie. Die normvare aard van die Amerikaanse Grondwet (asook die feit dat dit nie op eietydse internasionale menseregte gebaseer is nie) speel in dié opsig 'n belangrike rol:

- Die Grondwet bevat nie 'n uitlegklousule nie (soos arts 35 en 39 van onderskeidelik die 1993- en 1996-Grondwette van Suid-Afrika), wat die regbank verplig om sekere fundamentele grondwetlike waardes tydens wets- en grondwetuitleg in ag te neem en te bevorder.
- Verder is daar ook nie 'n beperkingsklousule (arts 33 en 36 van onderskeidelik die 1993- en 1996-Grondwette van Suid-Afrika, art 1 van die Kanadese *Charter* en art 19(1) van die Duitse *Grundgesetz*) in die Grondwet nie.

Dit het tot gevolg dat beide die uitbreiding en beperking van fundamentele regte, asook

⁹¹Sien **Davis et al** (1994) 7 en **Corder** (1992) 207 tav die pogings van pres Nixon, Reagan en Bush om die *Supreme Court* se sg 'aktivistiese' uitgangspunte dmv konserwatiewe aanstellings te temper, en **Ashenfelder O, Eisenberg T & Schwab S** 'Politics and the judiciary: the influence of judicial background on case outcomes' (1995) 24 *Journal of Legal Studies* 257-258 tav pres Clinton en 'liberale' aanstellings.

⁹²In hierdie verband moet pres Mandela se onlangse openlike steun aan Mahomed R se kandidatuur as nuwe hoofregter van Suid-Afrika vóór die Regterlike Dienskommissie daaroor besluit het, betreur word.

⁹³**Bork** (1990) 1. Sien egter **Ashenfelder et al** (1995) 257ff se empiriese ondersoeke wat daarop dui dat daar nie 'n merkbare korrelasie is tussen die uitsprake van federale regters en die politieke affiliasie van die Presidente wat hulle aangestel het nie.

⁹⁴**Tushnet** (1988) viii.

waardegerigte beslissings, aan die regbank se diskresie oorgelaat word.⁹⁵ Dit, gekoppel aan die *countermajoritarian*-argument, het daartoe gelei dat die howe self 'n middeweg tussen *judicial activism*⁹⁶ (bevordering van fundamentele waardes) en *judicial self-restraint*⁹⁷ (die sg *deference* van beleidsaspekte aan die wetgewer) moes vind. Die feit dat regters op hulle self aangewese is om hierdie balans te vind, het ook nie daartoe bygedra om die vrese van regterlike oppergesag te besweer nie. **West**⁹⁸ meen dat die voortdurende teoretisering oor grondwetuitleg in die VSA te wyte is aan 'n gebrek aan 'n normatiewe (waardebaseerde) debat as middelpunt van die grondwetlike diskoers.

Dit is dus duidelik dat die Amerikaanse jurisprudensie geen algemeen-aanvaarde benadering oor grondwetuitleg het nie, alhoewel dit wil voorkom asof *originalism* die oorheersende teorie is.⁹⁹ In die lig hiervan behoort Amerikaanse regspraak oor die beskerming van bepaalde fundamentele regte deur die Suid-Afrikaanse regbank slegs in beperkte mate, en met omsigtigheid, gebruik te word (artikel 35(1) van die 1993-Grondwet, en art 39(1) van die 1996-Grondwet). As gevolg van die gebrek aan 'n oorheersende *Leitmotiv* (oftewel grondtema) is die Amerikaanse grondwetlike jurisprudensie derhalwe nie geskik as 'n algemene paradigma vir waarde-aktiverende grondwetuitleg nie.

(b) Duitsland

□ Algemeen

Die Duitse Grondwet (*Grundgesetz*¹⁰⁰ of *Basic Law*) het in 1949 in die eertydse Wes-Duitsland (Federale Bondsrepubliek) in werking getree. In 1989 is Oos-Duitsland

⁹⁵Sien ook **Manfredi CP** 'The Canadian Supreme Court and American judicial review: United States constitutional jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms' (1992) 40 *American Journal of Comparative Law* 213 224 hieroor.

⁹⁶Sien bv **Wolfe** (1991) 32-33 vir 'n Amerikaanse omskrywing van 'aktivisme', asook hfst 1 hierbo.

⁹⁷Sien **Luban D** 'Justice Holmes and the metaphysics of judicial self-restraint' (1994) 44 *Duke LJ* 449 450 en 456 vir 'n omskrywing van *judicial self-restraint*.

⁹⁸**West** (1992) 767.

⁹⁹**Perry** (1991) 710.

¹⁰⁰Hierna bloot die **GG**. Die Grondwet, wat 'n handves van fundamentele regte (*Grundrechtskatalog*) insluit, se status as hoogste regsnorm in die regsorde word weerspieël deur die feit dat dit as die *Grundgesetz* of *Basic Law*, en nie as 'n blote konstitusie (*Verfassung*) nie, bekend staan. Sien ook die onderskeid tussen 'grondwet' en 'konstitusie' in hfst 2 hierbo.

(Duitse Demokratiese Republiek) met die Federale Bondsrepubliek herenig.¹⁰¹ Gevolglik moet die GG (en die onderliggende grondwetlike waardes), wat die Duitse gemeenskap moes lei om die traumas van die fascistiese totalitarisme te verwerk, ook meehelp om die oorblyfsels van kommunistiese totalitarisme te konfronteer.¹⁰² 'n Amerikaanse kommentator is van mening dat die Duitse grondwetlike oppergesag (*judicialization of constitutional law*) uit die verlede se skuldgevoelens voortspruit: die erkenning dat die verlede verkeerd was, en dat 'n herhaling daarvan vermy moet word.¹⁰³

In die lig van Duitsland se totalitêre geskiedenis, word 'n regsorde volgens **Stern**¹⁰⁴ voor 'n basiese keuse gestel: óf die reg (as basis van 'n *human society*) is oppermagtig, en word afgedwing met die nodige waarborge vir die implementering daarvan, óf politieke doelmatigheid (waar die reg deur dogma gereduseer word tot dit wat die staat of die regering of die kieserspubliek sal bevoordeel), kry voorrang.

❑ Basiese kenmerke van die Duitse stelsel

Die Duitse grondwetlike jurisprudensie word deur 'n aantal basiese (en soms unieke) kenmerke onderlê. Hierdie grondwetlike kenmerke sal kortliks bespreek word om die rol van fundamentele waardes in die Duitse stelsel te verstaan.

○ Grondwetlike oppergesag

Die *Grundgesetz* is die hoogste reg in Duitsland: ingevolge artikel 1(1) is die wetgewer, die uitvoerende gesag en die regbank daaraan gebonde; artikel 97(1) bepaal dat die

¹⁰¹Die Duitse Demokratiese Republiek het formeel met die Federale Bondsrepubliek herenig (en binne die trefwydte van die *Grundgesetz* gekom) toe die wetgewers van beide state die *Unification Treaty* in 1990 geratifiseer het. Sien **Herdegen MJ** 'Unjust laws, human rights and the German Constitution: Germany's recent confrontation with the past' (1995) 32 *Columbia Journal of Transnational Law* 591 593.

¹⁰²Sien **Werle G** "We asked for justice and got the rule of law": German courts and the totalitarian past' (1995) *SAJHR* 70ff vir 'n kritiese bespreking van dié netelige kwessie.

¹⁰³**Durham WC** 'General assessment of the Basic Law - an American view' in Kirchhof & Kommers (reds) (1993) *Germany and its Basic Law* 43. Vgl ook die slotrede van die Suid-Afrikaanse 1993-Grondwet, wat na die Grondwet verwys as 'n 'brug tussen die verlede van 'n diep verdeelde gemeenskap wat gekenmerk is deur tweespalt, konflik, ongekende lyding en ongeregtheid, en 'n toekoms wat gevestig is op die erkenning van menseregte, demokrasie en vreedsame naasbestaan.'

¹⁰⁴**Stern K** 'General assessment of the Basic Law - a German view' in Kirchhof & Kommers (reds) (1993) *Germany and its Basic Law* 22.

regters onafhanklik,¹⁰⁵ en slegs aan die reg onderworpe, sal wees; ingevolge artikel 20(3) is die regbank en uitvoerende gesag aan reg en geregtigheid (*law and justice*) gebonde.¹⁰⁶ Alhoewel daar nie 'n formele stelsel van *stare decisis* in Duitsland is nie, is beslissings van die Federale Konstitusionele Hof (*Bundesverfassungsgericht*)¹⁰⁷ bindend op ander howe en alle ander grondwetlike instellings, en in sekere gevalle het die beslissings van die *BVerfG* dieselfde status as wetgewing. Die *BVerfG* is aan sy eie beslissings gebonde, maar mag dieselfde regsrae in die lig van veranderde omstandighede heroorweeg.¹⁰⁸ Volgens **Kommers** is die sogenaamde *countermajoritarian*-vraagstuk nie in Duitsland 'n probleem nie, aangesien die GG self die kwessie opgelos het: geen teoretisering oor grondwetlike hersiening is nodig om die uitoefening van regterlike bevoegdhede te regverdig nie.¹⁰⁹

○ **Rechtsstaat en Sozialstaat**

Die regstaat verwys nie net na die formele institusionele aspekte van owerheidsgesag, en die legaliteitsbeginsel nie, maar verwys na 'n materiële regsorde wat op fundamentele regte en waardes gebaseer is. Die materiële regstaat word dus deur materiële waardes en doelwitte onderlê.¹¹⁰ Die *Rechtsstaatprinzip* sluit die proporsionaliteitsbeginsel (*Verhältnismässigkeit*) in, met ander woorde, enige beperkings van fundamentele regte moet redelik wees.¹¹¹

Ingevolge artikel 20(1) van die GG is Duitsland tot 'n sosiale welvaartstaat (*Sozialstaat*) verbind. Sosiale geregtigheid word beklemtoon: die staat het 'n grondwetlike plig om aan die basiese behoeftes van al die burgers te voldoen en die staat het ook 'n

¹⁰⁵Die regters van die Konstitusionele Hof word vir 'n enkele nie-hernubare termyn van 12 jaar deur die Parlement verkies. Sien **Kommers** (1989) 113-119 vir 'n bespreking van dié proses.

¹⁰⁶Sien **Mischke C** 'The inseparability of powers: judge-made law in the German legal system' (1992) *SAPR/PL* 253 254, wat meen dat die samevoeging van 'reg' en 'geregtigheid' op 'n onoplosbare spanning tussen wetgewing, reg en geregtigheid dui.

¹⁰⁷Hierna bloot die *BVerfG*. Die beslissings van die hof (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*) word as *BVerfGE* aangehaal.

¹⁰⁸**Van der Westhuizen J** 'The protection of human rights and a constitutional court for South Africa: some questions and ideas, with reference to the German experience (1)' (1991) *De Jure* 1 22.

¹⁰⁹**Kommers** (1991) 843.

¹¹⁰Sien ook hfst 2 vir 'n bespreking van die regstaatbegrip.

¹¹¹**Currie DP** (1994) *The Constitution of the Federal Republic of Germany* 20.

toedelende (*distributive*) rol te speel. Die *Sozialstaatsprinzip* is nie een van die onafhanklike gronde waarop wetgewing ongeldig verklaar kan word nie, want die wetgewer moet die nodige stappe doen om die sosiale welvaartstaat te realiseer.¹¹² Die Duitse dualistiese *Rechtsstaat-cum-Sozialstaat* staan dus simpatiek teenoor die idee dat die staat die verwesenliking van persoonlike vryhede en regte moet vergemaklik. Individuele vryheid moet in sintese met die gemeenskap verwerklik word: nie net die vryheid van die individu nie, maar ook die werklikhede van 'n multikulturele samelewing word erken.¹¹³ Gevolglik rus daar nie net 'n grondwetlike plig op die owerheid om die sosiale orde te vorm nie, maar word die owerheid ook gemagtig om sosiaal aktief te raak.¹¹⁴ Duitsland is 'n unieke voorbeeld van 'n *sozialer Rechtsstaat*: dis 'n sintese van die eise van individuele vryhede en dié van 'n multikulturele gemeenskap – 'n beskermmer van die individu en voorsiener aan die gemeenskap:

[T]he *Rechtsstaat* has been led out of its exclusively defensive approach and vested with planning, guiding, developing and guaranteeing functions.¹¹⁵

Dit beteken dat die regbank nie net die tradisionele liberale regte van die individu (*Abwehrrechte*) teen inbreukmaking deur die owerheid moet beskerm nie, maar ook moet verseker dat die owerheid se positiewe rol ten opsigte van die sosiale opheffing van die gemeenskap nagekom word.¹¹⁶

○ **Politieke vraagstukke en regterlike regsforming**

Anders as in die VSA, word die rol van die hof ten opsigte van politieke vraagstukke en regterlike regsforming tydens grondwetuitleg as deel van die grondwetlike werklikheid erken en aanvaar. Volgens die *BVerfG* is 'n regter nie net verplig nie, maar ook bevoeg,

¹¹²*BVerfGE* (1) 91 105 (1951) [sien Currie (1994) 22 nt 114]; asook *BVerfGE* (65) 182 193 (1983) [sien Mischke (1992) 256 nt 14]. Die beginsel word nietemin tydens wets- en grondwetuitleg in ag geneem (Currie (1994) 23).

¹¹³*Stern* (1981) 242.

¹¹⁴Sien verder De Wet E 'Can the social state principle in Germany guide state action in South Africa in the field of social and economic rights?' (1995) *SAJHR* 30ff.

¹¹⁵*Stern* (1981) 246.

¹¹⁶Vgl ook Du Plessis (1996b) 4 wat tereg daarop wys dat art 7(2) van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika meer as 'n 'negatiewe' afweermeganisme is, maar ook 'n positiewe plig op die staat lê om die menseregte te beskerm, te bevorder en te verwesenlik.

om reg te skep.¹¹⁷ 'n Vorige president van die *BVerfG*, regter Benda, het die kwessie van regterlike regsforming as volg opgesom:

[I]t represents a very interesting variation of the concept of separation of powers, that the Constitution allows the weakest of the state powers the last word in its interpretation.¹¹⁸

Ooreenkomstig die Duitse konstitusionalisme is dit die hof se plig om alle fasette van die grondwetlike staat te handhaaf, en in die proses moet die politieke verloop aan die oppergesag van die GG besgee.¹¹⁹ Nóg 'n vorige president van die *BVerfG*, regter Herzog, het die waardebelaaide en dinamiese rol van dié hof as volg saamgevat:

[T]he decisions of this court ... should underscore more or less clearly not only the ideas which remain constant with changing times but also those ideas which move a particular generation. All persons working together to achieve the *common goals of a nation* should be familiar with those ideas.¹²⁰

Alhoewel daar teoreties 'n onderskeid tussen die reg en politieke kwessies is, word dit aanvaar dat die hof prakties 'n middeweg tussen die reg en politiek volg.¹²¹ Tog is hierdie 'middeweg' nie altyd vir almal ewe duidelik nie. **Kommers**¹²² verwys na 'n aantal uiteenlopende standpunte van bestaande en gewese regters van die *BVerfG* oor regterlike regsforming en politieke kwessies: die argument dat die regter nie reg moet skep nie en net dit wat reeds in die Grondwet vervat is, moet blootlê (die proses van normgebondenheid of die *Normengebundenheitstheorie*); Konrad Hesse huldig die standpunt dat grondwetuitleg 'n kuns is wat uit die wisselwerking tussen teks en vertolker voortspruit; Böckenförde is van mening dat grondwetuitleg uit die balansering van kompeterende waardes bestaan; en, Leibholtz se standpunt dat dit onmoontlik (en ontoelaatbaar) is om enigsins te probeer om algemene grondwetlike beginsels buite die omraming van 'n gegewe politieke raamwerk toe te pas.

Aangesien die regters erken dat hierdie regskeppende bevoegdheid 'n geweldige verantwoordelikheid op die hof plaas, word 'n Duitse weergawe van *judicial self-*

¹¹⁷Mischke (1992) 255.

¹¹⁸Aangehaal in **Van der Westhuizen JV** 'The protection of human rights and a constitutional court for South Africa: some questions and ideas, with reference to the German experience (2)' (1991) *De Jure* 245-248.

¹¹⁹Kommers (1991) 848-849.

¹²⁰Voorwoord tot **Kommers** (1989) ix (my kursivering).

¹²¹**Van der Westhuizen** (1991b) 247.

¹²²Kommers (1989) 50-52.

restraint toegepas: die interne eenheid (*internal unity*) van die hof word nagestreef. Hierdie eenheid van die hof beteken dat individuele regters hulle eie persoonlike politieke oortuigings ter wille van die hof se onafhanklikheid en outonomie, asook 'n juridies-gefundeerde beslissing, opoffer.¹²³

Durham wys op die groei van die welvaartstaat se vestigende (*affirmative*) sosiale aktiwiteite. As gevolg hiervan moet die hof se magte en bevoegdhede ook uitbrei om as teenwig vir die toenemende ingryping deur die staat te dien. Binne die *Sozialstaat* word die regbank dus gekonfronteer met die probleem hoe om die klassieke liberale waardes in die lig van die veranderende konteks van die *affirmative* staat uit te lê.¹²⁴ In sy bespreking van die *Group University Case*,¹²⁵ meen **Van Niekerk**¹²⁶ dat dit 'n teksboekvoorbeeld was van uitgebreide regterlike aktivisme¹²⁷ en eksperimentele *social engineering*,¹²⁸ gebaseer op politieke, sosiale en filosofiese waarde-oordele.

○ **Abstrakte- en konkrete normkontrole**

Die *BVerfG* besluit binne die raamwerk van normkontrole (*Normenkontrolle*) oor die grondwetlikheid van wetgewing. **Konkrete normkontrole** is dié proses waar 'n hof beslis dat wetgewing met die Grondwet bots, en die grondwetlike vraagstuk vir 'n beslissing na die *BVerfG* verwys.¹²⁹ **Abstrakte normkontrole** verwys na die oplossing van grondwetlike vraagstukke wat nie in 'n ander hof hangende is nie. Dit behels die prosedure wanneer die uitvoerende gesag of die wetgewer die *BVerfG* nader om 'n opinie oor die grondwetlikheid van wetgewing.

¹²³Kommers (1989) 52.

¹²⁴Durham (1993) 44-45; Rautenbach IM 'Menseregte-aktes: 'n vergelykende oorsig' (1986) *TSAR* 322 330.

¹²⁵*BVerfGE* (35) 79 (1973) [sien Kommers (1989) 437].

¹²⁶Van Niekerk B 'Social engineering in the German Constitutional Court - some reflections on a recent judgment' (1975) *SALJ* 298ff.

¹²⁷Sien Van der Westhuizen (1991b) 247-248 tav die kritiek teen die *BVerfG* gedurende die sewentigerjare.

¹²⁸Vgl Friedman R in *Baloro v University of Bophuthatswana* 1995 (4) SA 197 (B) (hfst 3 hierbo) se verwysing na waardebaseerde *social engineering*.

¹²⁹Sien ook hfst 4 hierbo tav die verwysing van grondwetlike vraagstukke na die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof.

□ Duitse perspektiewe op grondwetuitleg

As gevolg van die uitdruklike bepalings in die GG oor grondwetlike toetsing en die status van fundamentele waardes, behels die Duitse teoretisering oor grondwetuitleg die versoening van die eise van die regstaat (individuele regte) en sosiale staat (die belange van die gemeenskap).

○ Algemene benaderings

Davis et al¹³⁰ onderskei tussen algemene teorieë oor die aard en uitleg van fundamentele regte (*Grundrechte*), en benaderings van grondwetuitleg.¹³¹ Volgens hulle is die teorieë oor die fundamentele regte sistematiese opvattinge oor die algemene karaktertrekke, normatiewe oogmerke en materiële trefwydte van die regte, terwyl die benaderings van grondwetuitleg op die uitwerking van 'n bepaalde uitlegmetodiek in die demokratiese proses klem lê.

Fundamentele regte as negatiewe 'verdedigende' regte (*Abwehrrechte*) beklemtoon die klassieke liberale spanning tussen die staat en individu: die regte van die individu word teen inmenging deur die owerheid beskerm en die horisontale werking daarvan is nie ter sprake nie. Die regte is ten eerste subjektiewe waarborge van individuele regte en vryhede,¹³² en nie objektiewe owerheidsdoelwitte nie.

'n Ander benadering beskou die fundamentele regte nie net as waardebelaaide norme wat die individu se subjektiewe regte beskerm nie, maar ook as objektiewe norme wat waardes uitdruk. Hierdie fundamentele regte vorm dan die staat en gemeenskap se onderliggende waardestelsel. Hierdie benadering berus op die objektiewe waarde-orde, en beklemtoon die ontwikkeling en beskerming van menswaardigheid binne die gemeenskap. Die regte bestaan dus nie net uit 'n subjektiewe 'verdedigende' vryheid teenoor die staat nie, maar ook uit 'n objektiewe normatiewe komponent wat binne die

¹³⁰**Davis et al** (1994) 85-103.

¹³¹Die Duitse grondwetlike jurisprudentie onderskei klaarblyklik tussen teorieë tav van die *Grundrechte* in die besonder, en grondwetuitleg in die algemeen.

¹³²*BVerfGE* (50) 290 337 (1979) [sien **Davis et al** (1994) 87 nt 514].

hele regsorde geld.¹³³ Hierdie benadering het dan 'n indirekte horisontale toepassing (*Drittwirkung*) van die fundamentele regte tot gevolg: die objektiewe aard van die *Grundrechte* en die indirekte wyse waarop die fundamentele regte na alle regsreëls uitkring, word beklemtoon. Aangesien die Grondwet die hoogste reg in die regsorde beliggaam, word alle wetgewing nie net daarteen vir grondwetlikheid getoets nie, maar alle regsreëls moet in die lig van die Grondwet uitgelê en toegepas¹³⁴ word.¹³⁵ Hoewel direkte horisontale toepassing van die fundamentele regte nie in die Duitse reg toepassing vind nie, vind daar nietemin 'n indirekte horisontale 'deursyfering' plaas. Indien 'n hof nie ander regsreëls in die lig van die *Grundrechte* uitlê nie, word nie net die objektiewe waarde-orde geïgnoreer nie, maar maak die betrokke hof ook inbreuk op die fundamentele reg van die individu, aangesien daardie reg verkeerd uitgelê en toegepas word.¹³⁶ Dit word in elk geval algemeen aanvaar dat die regbank fundamentele regte mag aanwend om weglatings in gewone wetgewing aan te vul.¹³⁷

Die funksionele beskouings oor die fundamentele regte is pogings om die inhoud van die regte aan die oogmerk daarvan te koppel. Volgens die demokraties-funksionele-teorie word 'n hoër status aan polities-relevante optrede as aan irrelevante regte verleen (bv politieke organisasies kry groter beskerming as privaatinstansies). Die demokratiese politieke proses, en nie die individu nie, word dus die doelwit van fundamentele regte: die *Grundrechte* behoort aan die burgers as lede van die politieke gemeenskap.¹³⁸ Volgens die sosiale staat-funksionele-teorie word die fundamentele regte as opdragte aan die wetgewer gesien: die beskerming van die *Grundrechte* kan nie in isolasie van die gemeenskap plaasvind nie. Aangesien die sosiale omstandighede van die meerderheid van die bevolking die uitoefening van hulle *Grundrechte* beperk, moet die staat die noodsaaklike (en minimum) voorvereistes vir die behoorlike beskerming van die fundamentele regte skep. Die owerheid word dus deur die hof gelei

¹³³ *BVerfGE* (7) 198 205 (1958) [sien **Davis et al** (1994) 88 nt 522].

¹³⁴ Vgl die bespreking van arts 35(3) en 39(2) van onderskeidelik die 1993- en 1996-Grondwette van Suid-Afrika in hfst 3 hierbo.

¹³⁵ *BVerfGE* (7) 198 205 (1958) [sien **Davis et al** (1994) 89 nt 533].

¹³⁶ *BVerfGE* (7) 189 206 (1958) [sien **Davis et al** (1994) 92 nt 557].

¹³⁷ Sien oa **Kruger** (1995b) 1ff en **Botha CJ** (1996) 38-41, asook die bespreking van die invloed van art 35(3) van die 1993-Grondwet op die Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek in hfst 3 hierbo.

¹³⁸ *BVerfGE* (14) 21 25 (1962) [sien **Davis et al** (1994) 99 nt 617].

en gedwing om die *Grundrechte* aktief as *Leistungsrechte*¹³⁹ ('prestasieregte') te realiseer: geleenthede en voordele moet billik en gelyk verdeel word.¹⁴⁰ 'n Ander verwante uitgangspunt beskou die *Grundrechte* as institusionele waarborge: daar word verwag dat sekere instellings tot stand kom om bepaalde funksies in die gemeenskap te verrig. Wetgewing moet die institusionele ondersteuning aan fundamentele regte verleen. Gevolglik behels dit 'n regulerende en inhoudgewende (realiserende) proses (*Ausgestaltung*), waardeur rigting, sekerheid, inhoud en orde aan die toepassing van fundamentele regte gegee word.¹⁴¹

In aansluiting hierby onderskei **Böckenförde**¹⁴² tussen die volgende teorieë ten opsigte van die uitleg van die *Grundrechte*: die klassieke metode (waarvolgens die regte van die individu onbeperk, en die magte van die owerheid beperk, is); die institusionele teorie (wat nie die fundamentele regte van die individu beklemtoon nie, maar eerder op objektiewe organisatoriese beginsels gemik is wat binne die sosiale werklikheid 'n normatiewe en funksionele inhoud aan die *Grundrechte* sal gee); die waardebaseerde teorie (wat die fundamentele regte as objektiewe, waardesamehangende konsepte beskou in 'n proses waartydens daar na 'n gemeenskap met gedeelde waardes beweeg word); die demokraties-funksionele teorie (wat fundamentele regte binne hulle openbare politieke rol beklemtoon); en die welvaartstaatteorie (wat daarop wys dat sosiale omstandighede die meerderheid mense verhoed om hulle fundamentele regte te geniet en dat die owerheid gevolglik 'n grondwetlike plig het om die nodige sosio-ekonomiese omstandighede te skep sodat almal in die basiese regte en vryhede kan deel).

Soos reeds hierbo aangedui, wil dit voorkom of die *BVerfG* die verskillende teorieë oor die uitleg van *Grundrechte* na willekeur gebruik, sonder om 'n voorkeur vir enige bepaalde teorie te formuleer.¹⁴³

¹³⁹Sien **Davis et al** (1994) 100, wat dit as *rights to state performances* vertaal.

¹⁴⁰*BVerfGE* (33) 303 333 (1972) [sien **Davis et al** (1994) 100 nt 623 en 626].

¹⁴¹**Davis et al** (1994) 101-103.

¹⁴²**Böckenförde EW** (1991) *State, society and liberty* 179-198.

¹⁴³Sien ook **Böckenförde** (1991) 198 hieroor.

○ **Besondere grondwetuitlegteorieë**¹⁴⁴

Davis et al¹⁴⁵ identifiseer vyf breë metodes van grondwetuitleg in Duitsland. Volgens die **klassieke hermeneutiese metode** word die Grondwet net soos enige ander wet uitgelê: die tradisionele grammatikale, historiese, sistematiese en doeldienende (teleologiese) metodes word gebruik om die objektiewe betekenis van die woorde vas te stel. Die **konkretiseringsmetode** behels die rasionele konkretisering van regsnorme. Dit is die hof se taak om die norme in die Grondwet te bepaal en dan op individuele gevalle toe te pas. In die proses word 'n aantal riglyne gebruik: die wesenskenmerk (*Wesensgehalt*) van die fundamentele regte kan met verwysing na hulle funksionele domeine bepaal word; die praktiese balans en samehang (*praktische Konkordanz*) van kompeterende regte kan verkry word deur die regte proporsioneel te beperk; die normatiewe effek van die regte moet geoptimaliseer word; en die wisselwerking (*Wechselwirkung*) tussen die *Grundrechte* en die beperkende maatregel moet erken word.¹⁴⁶ Die **pluralistiese metode** koppel die pluralistiese gemeenskapsteorie aan 'n 'oop' proses van grondwetuitleg. Pluralisme moet aangemoedig en beskerm word,¹⁴⁷ en gevolglik moet grondwetuitleg daarop gemik wees om konflikte op te los. Grondwetuitleg word dus aan die demokratiese proses, konsensus en die algemene belang (*common good*) gekoppel. Aangesien die staat, die burgers en alle belangegroeppe deel van die uitlegproses vorm, is die Grondwet (en grondwetuitleg) 'n openbare proses. Die **beperkende benadering** word onderlê deur 'n vrees vir die politisering van die regbank, en dat die regters die rol en bevoegdhede van die wetgewer sal oorneem. Die oplossing sou wees dat die regbank moet weier om enige jurisdiksie in politieksensitiewe sake uit te oefen. Die vasstelling van die regbank se funksie is die vertrekpunt van die **funksionele prosesbenadering** (wat verskeie variasies insluit). Een van dié¹⁴⁸ het 'n teorie ontwikkel wat die verhouding tussen die regbank, politieke partye, staatsinstansies en ander belangegroeppe verduidelik. Dit is die regbank se taak om kompeterende belange te versoen en die gemeenskap in die rigting van algemeen-

¹⁴⁴Vgl ook die bespreking van die teoretiese grondslae van 'gewone' wetsuitleg in hfst 3 hierbo.

¹⁴⁵**Davis et al** (1994) 103-120.

¹⁴⁶Sien die bespreking van *Smith v Attorney-General, Bophuthatswana* 1984 1 SA 196 (BSC) in hfst 3 hierbo tav die hof se gebruik van proporsionaliteit en *Wechselwirkung*.

¹⁴⁷Sien ook hfst 3 hierbo tav die postmodernisme se beklemtoning van 'n 'radikale' pluralisme.

¹⁴⁸Sien **Davis et al** (1994) 117-120 vir 'n volledige bespreking van Ingwer Ebsen se teorie.

aanvaarde doelwitte te stuur. Hierdie doelwitte omvat die handhawing en beskerming van die *Rechtsstaat*, die versterking van 'n deursigtige en effektiewe demokratiese proses,¹⁴⁹ die beskerming van die individu teen die mag van die staat, asook die balansering van konflikte binne die gemeenskap sodat almal steeds aan die Grondwet getrou bly. In dié proses moet die onafhanklikheid van die howe, historiese konteks, die grondwetteks, fundamentele waardes en die rol van die regbank in ag geneem word.

Böckenförde wys daarop dat die aard van die fundamentele regte in die GG 'n uitlegmetodiek benodig wat nie net die betekenis daarvan uitspel nie, maar ook invul. Daarom is grondwetuitleg 'n proses van konstruksie en konkretisering.¹⁵⁰ Só 'n proses vereis 'n sistematiese en teleologiese uitleg, dit wil sê, 'n metode wat die algemene aard, normatiewe oogmerke en die materiële inhoud van die fundamentele regte as uitgangspunt gebruik.¹⁵¹

Wat grondwetuitleg in die algemeen betref, onderskei **Brugger**¹⁵² tussen die volgende vier metodes:¹⁵³ tekstuele (grammatikale of verbale) uitleg, wat op die grammatikale en filologiese betekenis van die woorde en sinne konsentreer (en dus analoog aan *Begriffsjurisprudenz* is); sistematiese uitleg, wat op die onderlinge grondwetlike eenheid van al die bepalings van die Grondwet konsentreer; historiese uitleg, wat die bedoeling van die opstellers¹⁵⁴ van die grondwetlike teks beklemtoon; en teleologiese uitleg, wat die oorspronklike bedoeling van die opstellers ondergeskik aan die huidige oogmerke van die grondwet stel, en op die onderliggende waardes en aspirasies konsentreer.¹⁵⁵

¹⁴⁹Sien ook die bespreking van die Amerikaanse politieke proseteorieë van grondwetuitleg hierbo.

¹⁵⁰**Brugger** (1994) 396 wys ook op die onderskeid tussen blote uitleg (*ausgelegt*) enersyds, en aktualisering (*aktualisiert*) en konkretisering (*konkretisiert*) andersyds.

¹⁵¹**Böckenförde** (1991) 175-177. Sien ook die bespreking van die 'logies-teleologiese oplossing' as 'n oorkoepelende uitlegparadigma hieronder.

¹⁵²**Brugger** (1994) 396-397.

¹⁵³Ook **Kommers** (1989) 49 tref dieselfde onderskeid.

¹⁵⁴Die sg *original intent of the Framers* as subjektiewe 'bedoeling' speel nie 'n deurslaggewende rol in die Duitse grondwetlike jurisprudentie nie (**Kommers** (1989) 49; **Davis et al** (1994) 105 nt 671).

¹⁵⁵Alhoewel teleologiese en doeldienende uitleg gelykgestel word, word die materiële (dus substantiewe waardegerigte) resultaat tog later (**Brugger** (1994) 421) met teleologiese uitleg verbind.

Met die eerste oogopslag wil dit dus voorkom of die Duitse jurisprudensie ook gebuk gaan onder 'n horde uiteenlopende teoretiese besinnings oor waardes, fundamentele regte en grondwetuitleg, en dat daar klaarblyklik nie 'n algemeen-aanvaarde paradigma van grondwetuitleg is nie. **Kommers**¹⁵⁶ wys daarop dat die *BVerfG* ook nie 'n vaste rangorde van uitlegmetodes gebruik nie, en dat die toepassing van sekere teorieë (of kombinasies) telkens van die feite en konteks van elke individuele geval afhang. Tog is die Duitse grondwetuitleg nie so lukraak as wat dit mag voorkom nie: die sentrale *Leitmotiv* is logies-teleologiese uitleg (met inbegrip van die objektiewe waarde-orde).

□ Die logies-teleologiese oplossing

Die GG is 'n strukturele eenheid van waardes en beginsels, en die logies-teleologiese benadering van grondwetuitleg is 'n metode om die teks van die Grondwet en die fundamentele grondwetlike waardes met mekaar te versoen. Geen grondwetlike bepaling mag onafhanklik van die res van die Grondwet uitgelê word nie, want elkeen moet in samehang met ander bepalings, sowel as die Grondwet in geheel beoordeel word:

No single constitutional provision may be taken out of its context and interpreted by itself
... Every constitutional provision must always be interpreted so as to render it compatible
with the fundamental principles of the Constitution and the intention of its authors.¹⁵⁷

In ander sake het die hof uitdruklik na die GG se eenheid as 'n logies-teleologiese entiteit verwys.¹⁵⁸ Volgens **Kommers**¹⁵⁹ is dit 'n beginsel wat probeer om Duitsland se positivistiese en natuurregtradisies bymekaar te bring, of anders gestel, dit laat die hof ruimte om *open-ended* waarde-oordele te vel wat steeds aan die grondwetlike teks gekoppel is.

○ *Praktische Konkordanz*

In aansluiting by die idee van die Grondwet as 'n logiese, strukturele eenheid, is die

¹⁵⁶**Kommers** (1989) 49.

¹⁵⁷*BVerfGE* (1) 14 32 (1951) [sien **Kommers** (1989) 52 nt 81].

¹⁵⁸Oa *BVerfGE* (19) 206 220 (1965) [sien **Kommers** (1991) 851 nt 42].

¹⁵⁹**Kommers** (1991) 851.

beginsel van 'praktiese harmoniëring' (*praktische Konkordanz*). Dit beteken dat botsende grondwetlik-beskernde waardes sover moontlik met mekaar versoen moet word, en een waarde mag nie tot volle uitsluiting van 'n ander gerealiseer word nie. Tydens die balansering en opweging van waardes mag een dus nie bo 'n ander verkies word, of 'n waarde se belangrikheid verminder word nie: om die eenheid van die Grondwet te beskerm, is die beskerming van die Grondwet as geheel. Prakties gesproke beteken dit dat die trefwydte van botsende waardes beperk word om te verseker dat albei waardes hulle optimale effek kan verkry.¹⁶⁰ Die uitlegbeginsel van *verfassungskonforme Auslegung* vind ook hierby aansluiting: 'n wetsbepaling moet sover as moontlik grondwetlik en geldig uitgelê word.

○ **Die fundamentele grondwetlike waardes**

Die fundamentele grondwetlike waardes speel 'n sentrale rol in die Duitse grondwetlike jurisprudence:

It is the basic constitutional concept absolute, the codification of fundamental values and standards that are the backbone of the state's moral and political substance, the axial principle of the constitution which is the point of orientation for the political and social order of the Federal Republic of Germany.¹⁶¹

Ingevolge artikel 1 van die GG is die menswaardigheid van die mens onskendbaar; die fundamentele menseregte vorm die grondslag van vrede, geregtigheid en die gemeenskap (*human society*); en hierdie fundamentele regte bind die wetgewer, uitvoerende gesag en die regbank. Hierdie bepaling vorm die kern van die GG: die burger is nie daar om die staat te dien nie, maar die staat bestaan om die burger te dien. Hierdie aspek moet teen die agtergrond van Duitsland se totalitêre geskiedenis uitgelê word: respek vir menswaardigheid (*Menschenwürde*) is die hoogste waarde in die Grondwet, die uiteindelijke basis van die grondwetlike orde en die grondslag van fundamentele regte,¹⁶² en moet te alle tye deur die staat beskerm word. Dit is op hierdie punt wat die *BVerfG* menswaardigheid (art 1) en die *Sozialstaatsprinzip* (ingryping deur die staat) met mekaar versoen het: die individu se waardigheid kan slegs ten volle

¹⁶⁰Kommers (1991) 851.

¹⁶¹Stern (1981) 243.

¹⁶²Kommers (1991) 855.

ontwikkel indien die sosiale omstandighede van die gemeenskap regverdig (*equitable*) is.¹⁶³ Trouens, volgens die *BVerfG* moet die regbank die waardes wat die grondwetlike orde onderlê (dws, nie in die geskrewe wetgewing gepositieer is nie), bloot lê en daaraan gevolg gee.¹⁶⁴ Volgens **Herdegen** vorm hierdie waardegerigte jurisprudence, soos deur die hof toegepas, 'n integrale deel van die Duitse staatsreg.¹⁶⁵ Die *BVerfG* het ook al uitdruklik daarop gewys dat wetgewing aan die ongeskrewe fundamentele beginsels, sowel as die geskrewe bepalings van die GG, moet voldoen.¹⁶⁶ **Stern** verduidelik die bron van hierdie fundamentele grondwetlike waardes¹⁶⁷ as volg:

It is probably more appropriate ... to seek explanations for the basic rights in many religious, philosophical, anthropological, ethical and political ideas, as Christianity, natural law, Humanism, Enlightenment, individualism and, of course, liberal and democratic constitutionalism, played a decisive role.¹⁶⁸

Herdegen daarenteen, meen dat die grondwetlike waardes in die lig van die fundamentele regte wat uit die gebiedende volkereg (*ius cogens*) voortspruit, verstaan moet word.¹⁶⁹ Dit word aanvaar dat daar fundamentele waardes en beginsels bô die positiewe reg is wat 'n standaard stel waaraan die reg moet voldoen.¹⁷⁰

○ **Objektiewe waarde-orde**

Die GG word beskou as 'n strukturele eenheid van materiële (substantiewe) waardes. Hierdie uitgangspunt word verder uitgebrei deur die beginsel van 'n objektiewe waarde-orde:¹⁷¹ die opstellers van die Grondwet het sekere waardekeuses gemaak. Hierdie waardes is in 'n hiërargiese orde gestel, waarin die beginsel van demokrasie (dws 'n

¹⁶³ **Sonthheimer K** 'Principles of human dignity in the Federal Republic' in Kirchhof & Kommers (reds) (1993) *Germany and its Basic Law* 213-215; **Böckenförde** (1991) 63-64.

¹⁶⁴ *BVerfGE* (34) 269 287 (1972) [sien **Davis et al** (1994) 85 nt 505].

¹⁶⁵ **Herdegen** (1995) 594.

¹⁶⁶ *BVerfGE* (6) 32 41 (1957) [sien **Kommers** (1991) 846 nt 29].

¹⁶⁷ Sien ook **Kommers** (1991) 860-861 wat na die 'supra-positiewe' of 'ongeskrewe' waardes wat die grondwetlike orde onderlê, verwys.

¹⁶⁸ Sien **Stern K** 'The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects' (1985) *CILSA* 187 191.

¹⁶⁹ **Herdegen** (1995) 605.

¹⁷⁰ **Herdegen** (1995) 599. Hy verwys oa na Radbruch se standpunt dat waar 'n onregverdige wet in so 'n mate met billikheid en geregtigheid bots, dit nie anders as ongeldig kan wees nie.

¹⁷¹ Sien **Cloud AM** 'Structure and values in constitutional interpretation' (1991) 40 *Emory LJ* 875 880, wat meen dat 'n strukturele grondwetuitlegteorie noodwendig deur *open value choices* ondersteun moet word.

liberale, verteenwoordigende, federale parlementêre bestel)¹⁷² die belangrikste is, met menswaardigheid as die hoeksteen daarvan.¹⁷³ Aanvanklik wil dit voorkom of die *praktische Konkordanz*-beginsel en die hiërargiese waarde-orde mekaar weerspreek, maar die *BVerfG* het beslis¹⁷⁴ dat die waarde-orde nie 'n abstrakte rangorde is nie, want alle waardes het in beginsel dieselfde gewig: die balansering van waardes mag nietemin in bepaalde gevalle tot 'n 'praktiese' rangorde aanleiding gee. Hierdie waardes is objektief, want hulle is onafhanklik in die *GG* gepositieer, en gevolglik moet hulle op positiewe wyse deur alle owerheidsorgane afgedwing en gehandhaaf word. Die *BVerfG* het beslis dat alle grondwetlike bepalings só uitgelê moet word dat hulle met die Grondwet se fundamentele waardebasis ooreenstem.¹⁷⁵

Verder word die kernwaardes in die *GG* (art 1, wat menswaardigheid beskerm, en art 20, wat bepaal dat Duitsland 'n demokratiese en sosiale regstaat is) uitdruklik beskerm. Artikel 79(3) van die *GG* bepaal dat enige grondwetwysiging wat dié regte wil wysig, self ongrondwetlik en ongeldig is. Die begrip 'militante demokrasie' (*streitbare Demokratie*) beteken dat die owerheid enige organisasie of aktiwiteite wat die fundamentele aard¹⁷⁶ van die Duitse demokratiese orde wil vernietig, mag verbied.¹⁷⁷

Alhoewel daar kompeterende benaderings en botsende standpunte oor grondwetuitleg in Duitsland is,¹⁷⁸ is daar nietemin 'n sentrale waardebaseerde paradigma vir grondwetuitleg: 'n logies-teleologiese benadering, wat deur die teorieë van 'n hiërargie van objektiewe waardes en die strukturele eenheid van die Grondwet onderskraag word. Die samevoeging van *Rechtsstaat* en *Sozialstaat* het verder tot gevolg dat die funda-

¹⁷²Kommers (1991) 859.

¹⁷³Kruger TJ 'Die beregting van fundamentele regte gedurende die oorgangsbedeling' (1994) *THRHR* 396 408.

¹⁷⁴*BVerfGE* (3) 225 231 (1953) [sien Davis et al (1994) 87 nt 520].

¹⁷⁵*BVerfGE* (30) 1 19 (1970) [sien Kommers (1989) 54 nt 87]. Sien ook Durham (1993) 59, wat oa Dworkin se idees aan die Duitse objektiewe waarde-ordering koppel.

¹⁷⁶Vgl die bespreking van *Collins v Minister of the Interior* 1957 1 SA 552 (A) in hfst 4 hierbo tav die fundamentele aard van 'n demokratiese orde.

¹⁷⁷Arts 21(2) en 9(2) van die *GG* magtig die verbod van onderskeidelik politieke partye en organisasies, terwyl art 18 die opskorting van sekere fundamentele regte magtig indien dit misbruik word.

¹⁷⁸Schneider HP 'Value judgments and the spirit of the constitution' in Kruger & Currin (reds) (1994) *Interpreting a bill of rights* 68 wys daarop dat die *BVerfG* volgens meningsopnames die beste reputasie onder al die Duitse grondwetlike instellings het.

mentele grondwetlike waardes nie net tot *rights rhetoric* beperk word om die *status quo* te handhaaf nie, maar dat die regbank (as deel van die staat se etiese missie) aktief by die verwerkliking van daardie waardes betrokke moet raak.¹⁷⁹ **Kruger** som dit só op:

Volgens die logies-teleologiese beginsel vorm [die] onderliggende en basiese waardes 'n permanente basis van die Grondwet en is hulle bowendien objektief van aard omdat hulle 'n onafhanklike realiteit of bestaansreg ingevolge die Grondwet het. Aldus word 'n stel basiese en objektiewe waardes gepostuleer aan die hand waarvan die Grondwet geïnterpreteer en toegepas word.¹⁸⁰

5.3 KANADA EN NAMIBIË: GRONDWETUITLEG SEDERT DIE *CHARTER* EN 'DEKOLONISASIE'

(a) Kanada

□ Algemeen

Alhoewel Kanada reeds in 1960 die *Canadian Bill of Rights* aanvaar het, was dit nie in 'n uitdruklike oppermagtige grondwet vervat nie, en het die howe dit bloot as 'n formele onafdwingbare kodifikasie van die gemeenregtelike regte en vryhede beskou.¹⁸¹ In 1982 het die nuwe Kanadese Grondwet (wat die *Charter of Rights and Freedoms* insluit) in werking getree.¹⁸² Dit het nie net 'n beregbare¹⁸³ oppermagtige grondwet ingevoer nie, maar ook finaal die staatsregtelike bande met Westminster verbreek. Ingevolge artikel 2 van die Grondwet het die Britse Parlement alle wetgewende bevoegdhede oor Kanada beëindig.¹⁸⁴ In die lig daarvan dat die Suid-Afrikaanse 1993-Grondwet sekere aspekte van die Kanadese *Charter* weerspieël,¹⁸⁵ asook die feit dat Kanadese hofbeslissings toenemend deur die Suid-Afrikaanse howe by grondwetuitleg gebruik

¹⁷⁹**Kommers** (1991) 861.

¹⁸⁰**Kruger** (1994c) 408. Sien ook **Kommers** (1991) 871-873 in dié verband.

¹⁸¹**Dickson B** 'Has the Charter "Americanized" Canada's judiciary?: a summary and analysis' (1992) 26 *University of British Columbia LR* 195 197-198.

¹⁸²*Canada Act* 1982, c11, Schedule B (UK).

¹⁸³**Strayer BL** 'Life under the Canadian Charter: adjusting the balance between legislatures and courts' (1988) *Public Law* 347 354 en **Wilson** (1988) 380 koppel die legitimiteit van Kanadese grondwetlike toetsing aan 'n uitdruklike politieke keuse wat deur die verteenwoordigers van die kiesers gemaak is. Sien ook die bespreking van die sg *auto-limitation*-argument tav grondwetlike toetsing in hfst 2 hierbo.

¹⁸⁴Sien oa **Strayer** (1988a) 1-34 vir 'n oorsig van die Kanadese grondwetlike ontwikkeling.

¹⁸⁵Beide die Kanadese *Charter* (art 1) en die Suid-Afrikaanse Grondwet (art 33(1) van die 1993-Grondwet, en art 36 van die 1996-Grondwet) sluit 'n beperkingsklousule in. Dit is betekenisvol dat die Kanadese *Charter* deur die beperkingsklousule ingelei word, en dat die fundamentele regte later volg.

word,¹⁸⁶ sal grondwetuitleg in Kanada kortliks krities betrag word. In hierdie oorsig word nie op die Kanadese howe se gebruik van die proporsionaliteitsbeginsel (sg *balancing principle*)¹⁸⁷ en die sogenaamde *two stage limitation test*¹⁸⁸ gekonsentreer nie, maar wel (veral) op die rol van fundamentele waardes gedurende grondwetuitleg.

❑ **Tussen twee vure: die invloed van Westminster en Washington**

Wat 'n algemene paradigma van grondwetuitleg in Kanada betref, meen **Gibson** dat die regbank se reaksie op die *Charter* wissel van konteks tot konteks, van hof tot hof, en van een fundamentele reg tot die ander fundamentele reg.¹⁸⁹ Die verskillende opvattinge oor die rol en grondslae van fundamentele waardes en die grense van regterlike regsforming, weerspieël in groot mate die invloed van beide die Amerikaanse en Britse reg in Kanada.

○ **Die invloed van parlementêre soewereiniteit**

Strayer is waarskynlik die belangrikste verdediger van die voortdurende invloed van parlementêre soewereiniteit op die Kanadese grondwetlike jurisprudensie:

Just as the historic decision to entrench these rights and entrust them to judicial enforcement should be respected, so in my view should we try to understand and respect that same consensus which in many ways gave precision to those rights, formulating them in a *positivist context involving substantial deference to the continuing authority of elected legislators*. This can be done without ignoring the need for creative interpretation where that consensus was silent or ambiguous or as societal values change over time. It is to this extent alone that I accept the label of 'interpretivist' and I make no apologies for it.¹⁹⁰

Volgens hom is die *Charter* 'n positivistiese kompromisdokument, gebaseer op die konsensus dat dit 'n beperkte aantal regte vir beskerming sal positiver,¹⁹¹ en nie 'n

¹⁸⁶Oa *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (CC) para 15 en *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC) para 9. Vgl ook die bespreking van Suid-Afrikaanse grondwetuitleg ná 1994 in hfst 4 hierbo.

¹⁸⁷Sien oa **Beatty D** (1990) *Talking Heads and The Supremes: the Canadian production of the constitutional review* 22-33.

¹⁸⁸Sien oa **Du Plessis & Corder** (1994) 124-128; **Cachalia et al** 106-116 en **Kentridge et al** 11-25 tot 11-33 hieroor.

¹⁸⁹**Gibson D** 'The deferential Trojan Horse: a decade of Charter decisions' (1993) 72 *Canadian Bar Review* 417 418.

¹⁹⁰**Strayer** (1988b) 366 (my kursivering).

¹⁹¹Volgens dié argument word fundamentele regte deur die soewereiniteit van die wetgewer beperk; in die regstaat, daarenteen, word die wetgewer se soewereiniteit deur die oppermagtige grondwet

uitnodiging aan die regbank rig om hulle, met verwysing na die natuurreg en dies meer, uit te lê nie. Artikel 1 (die beperkingsklousule) en artikel 33 (*legislative override*) verseker die voortbestaan van die beginsel van wetgewende oppergesag.¹⁹²

Wilson¹⁹³ beskryf die nuwe rol van die houe onder die *Charter* as volg:

It is at variance with the theory of representative government. It challenges the right of government to enact certain laws at all. This strikes at the very heart of the doctrine of parliamentary sovereignty.

Dié standpunt van 'n regter van die Kanadese Hooggeregshof, wat die oppermagtige Grondwet moet uitleë, is verblydend, maar vertel nie die volle verhaal nie. Die volgehoue invloed van parlementêre soewereiniteit¹⁹⁴ word veral deur artikel 33 van die Kanadese *Charter* geïllustreer. Ingevolge dié bepaling (die sg *notwithstanding clause*) is die Parlement en die provinsies by magte om sekere fundamentele regte in die *Charter* uitdruklik uit te sluit.¹⁹⁵ Volgens **Massey**¹⁹⁶ dui hierdie bepaling op 'n gemengde stelsel van wetgewende én grondwetlike oppergesag (sg *concurrent majority*). **Wilson**¹⁹⁷ beskryf dit as 'n poging om die tradisionele leerstuk van parlementêre soewereiniteit binne die moderne konteks van grondwetlike toetsing te bewaar deur aan die wetgewer die laaste woord te gee. Trouens, **Russel** beskryf hierdie paradoks as 'n *legislative review of judicial review*.¹⁹⁸

○ **Die Amerikaanse invloed**

Die invloed van die Amerikaanse debat oor *interpretivism* en *non-interpretivism* op die Kanadese grondwetlike jurisprudence was onvermydelik. Nogtans is daar teen die grootskaalse oornome van Amerikaanse beginsels van grondwetuitleg gemaak.

(insluitende 'n handves van fundamentele regte) beperk.

¹⁹²**Strayer** (1988b) 350-353; **Strayer** (1988a) 61.

¹⁹³**Wilson** (1988) 371.

¹⁹⁴Sien oa **McCullough HB** 'Parliamentary sovereignty and a constitutional grid: The Canadian Charter of Rights' (1992) 41 *International and Comparative LQ* 751ff in dié verband.

¹⁹⁵Art 33 magtig die Parlement of 'n provinsiale wetgewer om uitdruklik die fundamentele regte en vryhede in die *Charter* by wyse van wetgewing te 'troef'. Hierdie uitdruklike *legislative override* is net vir vyf jaar geldig, waarna dit weer na 'n debat, en onderhewig aan 'n stemming, hernu kan word.

¹⁹⁶**Massey CR** 'The locus of sovereignty: judicial review, legislative supremacy, and federalism in the constitutional traditions of Canada and the United States' (1991) 1990 *Duke LJ* 1229 1308-1309.

¹⁹⁷**Wilson** (1988) 375.

¹⁹⁸**Russell PH** 'Canada's Charter of Rights and Freedoms: a political report' (1988) *Public Law* 385 389.

Manfredi wys op die kritiek¹⁹⁹ dat die Amerikaanse grondwetlike jurisprudence, wat op individualistiese uitgangspunte gebaseer is, nie met die gemeenskapsgebaseerde (*collectivist-oriented*) regskultuur van Kanada versoen kan word nie. Dié kritiek het gevolg op die Kanadese howe se toenemende bereidwilligheid om na Amerikaanse gesag te verwys, wat op 'n aanvaarding van Amerikaanse benaderings tot grondwetuitleg dui. Gevolglik het die Kanadese Hof in groot mate die *non-interpretivist*-benadering²⁰⁰ tot grondwetuitleg gebruik.²⁰¹ Die Kanadese hof se bereidwilligheid om die wye bepalinge in die *Charter* (sg 'grys gebiede') skeppend uit te lê, is volgens hom dus 'n aanduiding dat die Amerikaanse *non-interpretivist*-benadering ook in Kanada gebruik word.²⁰²

Volgens **Bender**²⁰³ was die Amerikaanse Grondwet 'n inspirasie en voorbeeld vir die *Charter*. Amerikaanse sake waarin soortgelyke frases of parallelle (vergelykbare) idees uitgelê is, behoort derhalwe vir die Kanadese regbank besonder nuttig te wees. **Beatty**²⁰⁴ meen egter dat alhoewel sekere Amerikaanse beginsels van grondwetuitleg aanvaar is (veral 'n algemene doeldienende benadering), die Kanadese regbank die Amerikaanse jurisprudence oor die algemeen versigtig benader het.

○ **Die howe, beleidsaspekte en 'aktiwisme'**

In die lig daarvan dat die Kanadese staatsreg klaarblyklik nog steeds in die skaduwee van parlementêre soewereiniteit staan, is die howe se eerbiedige (*deferential*) houding teenoor die wetgewer²⁰⁵ te verstane. Veral by sosio-ekonomiese geskille het die howe daarop gewys dat die wetgewer, en nie die regbank nie, as tussenganger tussen

¹⁹⁹Sien oa **Hogg PW** 'The Charter of Rights and American theories of interpretation' (1987) 25 *Osgoode Hall LJ* 87ff.

²⁰⁰Vgl die bespreking van die Amerikaanse teorieë oor grondwetuitleg hierbo.

²⁰¹**Manfredi** (1992) 213-214. Sy koppeling van bv die doeldienende benadering in *Hunter v Southam* (1985) 11 DLR (4th) 641, en die *living tree*-benadering in *Edwards v Attorney-General of Canada* [1930] AC 124 met Amerikaanse *non-interpretivism* is egter ietwat simplisties en ignoreer die ontwikkeling van die Kanadese grondwetlike jurisprudence.

²⁰²**Manfredi** (1992) 217. Hy vergeet klaarblyklik dat 'kreatiewe' uitleg en regterlike regsvoorming tydens grondwetuitleg nie net 'n 'aktivistiese' Amerikaanse verskynsel is nie, maar reeds dekades lank 'n beginsel (en twispunt) by gewone wetsuitleg is (sien veral hfst 3 hierbo).

²⁰³**Bender P** 'The Canadian Charter and the United States Bill of Rights' (1983) 28 *McGill LJ* 811ff.

²⁰⁴**Beatty** (1990) 19.

²⁰⁵**Gibson** (1993) 429 noem dit *a conscious judicial reluctance ... to tread too heavily on political toes*.

kompeterende belange en groepe moet optree. Soos met die Amerikaanse beginsel van *minimal scrutiny* van sekere beleidsaspekte, beteken eerbied (*deference*) aan die wetgewer noodwendig dat grondwetlike toetsing van daardie aspekte in die slag bly.²⁰⁶

In *R v Andrews*²⁰⁷ het regter McIntyre uitdruklik verklaar dat die howe wetgewing slegs teen die vereistes van die Grondwet moet toets, en in *Edward Books and Art Ltd v The Queen*²⁰⁸ het 'n vorige hoofregter, regter Dickson, daarop gewys dat dit nie die taak van die hof is om *legislative opinions* met *judicial opinions* te vervang nie. Dit is nietemin interessant dat die huidige Kanadese hoofregter nie hiermee saamstem nie: alhoewel die regbank tradisioneel tussen die wenslikheid en legaliteit van wetgewing moes onderskei het, is die skeidslyn tussen regs- en beleidsvrae nie altyd duidelik nie. Die *Charter* het egter veroorsaak dat politieke- en beleidsvraagstukke noodwendig juridiese vraagstukke geword het, want die handhawing van fundamentele regte is die belangrikste funksie van die regbank.²⁰⁹

In *Operation Dismantle Inc v The Queen*²¹⁰ het die hof beslis dat, alhoewel die Amerikaanse *political question*-leerstuk nie in Kanada geld nie,²¹¹ die uitvoerende gesag se uitoefening van prerogatiwe (betreffende verdediging en buitelandse betrekkinge) nie beregbaar is nie. **Strayer** meen dat die howe ook ten aansien van wetgewing (oor dieselfde aangeleenthede) ten gunste van die wil van die wetgewer sal terugstaan.²¹²

Aangesien die *Charter* 'n dinamiese dokument is, bepleit **Kaufman**²¹³ 'n sterk of forse (*bold*) benadering tot grondwetuitleg. **Russell** se standpunt oor regterlike regsvorming is selfs meer 'aktivisties':

²⁰⁶ **Beatty** (1992) 420.

²⁰⁷ (1989) 1 SCR 143 191.

²⁰⁸ (1986) 2 SCR 713 781-782.

²⁰⁹ **Lamer** (1994) 582 en 588. Sien ook **Beatty** (1990) 36-38 se verwysing na die regbank se rol as *social critic* en *moral conscience* tav regeringsoptrede.

²¹⁰ (1985) 1 SCR 441.

²¹¹ **Strayer** (1988a) 216-218 argumenteer dat hierdie beslissing nie beteken dat alle politieke kwessies noodwendig as nie-beregbaar beskou sal word nie.

²¹² **Strayer** (1988b) 357.

²¹³ **Kaufman F** 'The Canadian Charter: a time for bold spirits, not timorous souls' (1986) 31 *McGill LJ* 456 465.

[W]hat the court is doing here is to identify the human activities which are to be given a priority position in the Canadian legal system such that the state must always justify its encroachment upon them. In discharging this responsibility, the Court is performing a *constitution-making role which is at least as significant as that performed by the politicians and civil servants who wrote the Charter*. And this, I would maintain, is an inescapable responsibility thrust upon the judiciary by the original constitution-makers. We may fault the judges for how they carry out this task, but we should not fault them for the fact that they have this task to perform.²¹⁴

Beatty meen egter dat die Kanadese howe téén 'n wye (*liberal*) uitleg en kragdadige (*vigorous*) afdwinging van grondwetlike beginsels, en ten gunste van 'n behoudende beleid, besluit het.²¹⁵

Dit moet ook, in aansluiting hierby, genoem word dat die hof in *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Ltd*²¹⁶ beslis het dat die Kanadese handves van fundamentele regte nie op 'n horisontale vlak tussen private individue van toepassing is nie.²¹⁷

○ *Purposive of generous interpretation?*

Wilson²¹⁸ bespreek drie algemene benaderings tot grondwetuitleg wat op Kanada betrekking het: die sogenaamde 'konserwatiewe' pool, verteenwoordig deur die Amerikaans-geïnspireerde *original intent*-leerstuk,²¹⁹ (wat op die oorspronklike grondwetlike teks konsentreer en eietydse gemeenskapswaardes buite rekening laat); die *living tree*-benadering; en doeldienende uitleg. Die *living tree*-benadering is die eerste keer deur Lord Sankey in *Edwards v Attorney-General of Canada*²²⁰ gevolg. Volgens dié benadering word 'n grondwet met 'n lewendige boom, wat binne sy natuurlike grense moet groei en ontwikkel, vergelyk. Hierdie ontwikkeling moenie deur 'n

²¹⁴**Russell** (1988) 395 (my kursivering).

²¹⁵**Beatty D** 'The rule (and role) of law in a new South Africa: some lessons from abroad' (1992) *SALJ* 408 409.

²¹⁶(1986) 33 DLR (4th) 174.

²¹⁷Die weglating van die regbank in art 7(1) van die Suid-Afrikaanse 1993-Grondwet is blykbaar gedoen om volle horisontale toepassing van die fundamentele regte te voorkom. Sien ook **De Waal J 'A** comparative analysis of the provisions of German origin in the interim bill of rights' (1995) *SAJHR* 19-15 (asook die bespreking van *Drittwirkung* in die Duitse reg hierbo) in dié verband.

²¹⁸**Wilson** (1988) 375-383.

²¹⁹Sien ook die bespreking van die Amerikaanse teorieë van grondwetuitleg hierbo.

²²⁰[Nt 201 hierbo].

bekrompe en tegniese uitlegmetode aan bande gelê word nie, maar deur 'n *large and liberal interpretation* aangespoor word. Nuwe gemeenskapsopvattinge en veranderende omstandighede moet as nuwe groei (aanwas) aan die 'boom' beskou word, terwyl die regters die 'boswagters' is wat na die groei en ontwikkeling omsien.²²¹ Aangesien die benadering die hoë se betrokkenheid by skeppende grondwetuitleg beklemtoon, word dit (binne die Kanadese konteks) as die liberale anti-demokratiese pool van die uitlegspektrum beskou.²²²

Dit is egter doeldienende uitleg wat die Kanadese regbank se algemeen-aanvaarde metode van grondwetuitleg is.²²³ Beide *Hunter v Southam*²²⁴ en *R v Big M Drug Mart*²²⁵ het die sleutelsake vir die doeldienende benadering geword. In *Hunter v Southam* het hoofregter Dickson beslis dat die *Charter* 'n wye, doeldienende uitlegmetode vereis, en dat besondere bepalinge in die lig van die breër doelstellings van die Grondwet uitgelê moet word. In *Big M Drug Mart* het hy die wye, doeldienende benadering gekwalifiseer en gewaarsku dat die hoë nie die werklike doel en oogmerk van die betrokke regte of vryhede moet oorskry nie. Regter Wilson het in dié saak doeldienende uitleg meer teleologies gekwalifiseer. Volgens haar moet die gevolg van die bepaling voorrang geniet bó die werklike bedoeling of oogmerk daarvan.²²⁶ Vir haar is die algemene doel van regte in die beskerming van individue en minderhede teen 'n kollektiewe oormag geleë.²²⁷

In *R v Oakes*²²⁸ het die hof die 'breër doelwitte van die Grondwet' teleologies verfyn deur dit uitdruklik aan die waardes onderliggend aan 'n vrye en demokratiese samelewing te koppel. Hierdie waardes sluit, onder meer, die volgende in: respek vir

²²¹Streng gesproke is hierdie benadering bloot 'n kleurrike omskrywing van 'n dinamiese, toekomst-gerigte uitlegmetodiek.

²²²Wilson (1988) 379.

²²³Russell (1988) 395.

²²⁴[Nt 201 hierbo].

²²⁵(1985) 18 DLR 321.

²²⁶Sien ook Mureinik (1986) 620 se kritiek dat die doel van wetgewing nie noodwendig regverdig is nie (hfst 3 hierbo).

²²⁷Wilson (1988) 381.

²²⁸(1986) 26 DLR (4th) 200.

die mens se inherente waardigheid; 'n verbintenis tot sosiale geregtigheid en gelykheid; die aanvaarding van 'n wye reeks standpunte en oortuigings; respek vir groepsidentiteit en -kultuur; en die vertroue in die sosiale- en politieke instellings om die deelname van individue en groepe in die samelewing te verseker. Hierdie onderliggende waardes is as die bron van die regte en vryhede in die *Charter* bestempel, en die betekenis van enige fundamentele reg moet in die lig van die onderliggende waardes bepaal word.²²⁹

In die algemeen het die Kanadese hof nie tussen doeldienende uitleg en 'n *generous interpretation* onderskei nie, maar dit as saamlopend beskou. Hogg²³⁰ kritiseer hierdie benadering: volgens hom is dit wel moontlik dat 'n breë en 'n doeldienende benadering tot dieselfde gevolgtrekking mag lei, maar in die meeste gevalle sal 'n *generous* uitleg veroorsaak dat die oogmerk van die reg oorskry word. Dit sou onlogies wees om 'n wye uitleg aan die omvang van 'n reg te gee, en dan 'n streng regverdigingstoets neer te lê (om te bepaal of 'n beperking van die reg grondwetlik is al dan nie). Beide die reg en die beperking moet óf wyd óf doeldienend uitgelê word om die balans te handhaaf. In elk geval behoort *generous interpretation* ondergeskik aan 'n doeldienende benadering te wees.

○ ***Die spanning tussen die individualistiese en gemeenskapsgerigte beskouings oor grondwetuitleg***

Die spanning tussen vryheid en gelykheid word in die debat oor die liberaal-individualistiese regsdeed en die gemeenskapsgerigte (*communitarian*) opvattinge oor grondwetuitleg weerspieël. Die hof se beklemtoning van individuele regte, sonder inagneming van kommunale (gemeenskaplike- of groeps-) regte en belange, het dan ook tot kritiek aanleiding gegee.

Manfredi wys daarop dat *communitarianism*²³¹ van die standpunt uitgaan dat die regte

²²⁹Beatty (1990) 16-17.

²³⁰Hogg PW 'Interpreting the Charter of Rights' (1990) 28 *Osgoode Hall LJ* 817ff.

²³¹Die woord *communitarianism* leen hom nie tot 'n maklike vertaling nie, maar die woord 'kommuniteit' wat 'gemeenskaplike deelname' beteken, verskaf nietemin 'n aanduiding van wat met die gebruik van die begrip verduidelik wil word.

en belange van die individu nie buite die kring van die gemeenskap beskerm en bevorder kan word nie. Alhoewel die *Charter* voorsiening maak vir die groeps- of kommunale regte van taalgroepe, kulturele gemeenskappe en inheemse mense, sal 'n Amerikaans-geïnspireerde uitlegbenadering (wat op individuele regte konsentreer) die ontwikkeling van kommunale gemeenskapsregte (kommuniteitsregte) in die wiele ry.

Trakman²³² reken dat die wyse waarop individuele regte beskerm word, die negatiewe denkbild van vryheid verskans. Fundamentele regte het nie net met ewewig tussen die individu en die owerheid te doen nie, maar moet ook só uitgelê word dat hulle gemeenskapsregte en -waardes insluit. Vryhede is ook bevestigend of bekragtigend (*affirmative*), en moet binne die gemeenskap ontwikkel.²³³ Met verwysing na die sogenaamde 'tweede'- en 'derde'-generasieregte, beskryf hy hierdie gemeenskapsregte as 'n *communal conception of liberty*, want die regte van gemeenskappe (groepe) in die postmoderne samelewing is ook fundamenteel.

○ **Die rol van fundamentele waardes**

Die hoewe het verskillende standpunte oor die rol en inhoud van fundamentele regte tydens grondwetuitleg uitgespreek. In *Reference re British Columbia Motor Vehicle Act*²³⁴ het die aard en inhoud van fundamentele grondwetlike regte ter sprake gekom. Die hof het verduidelik dat *principles of fundamental justice* nie identies aan die reëls van natuurlike geregtigheid is nie, maar op menswaardigheid en die *rule of law* gebaseer is:

[T]he principles of fundamental justice are to be found in the basic tenet of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy, but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system.²³⁵

In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alberta)*²³⁶ het hoofregter

²³²Trakman LE 'Interpreting a bill of rights: Canada and South Africa compared' in Kruger & Currin (reds) (1994) *Interpreting a bill of rights* 27-49.

²³³Vgl ook die Duitse *Sozialstaat*-beginsel (hierbo), waarvolgens individuele regte en vryhede slegs binne 'n 'gesonde' gemeenskap gerealiseer kan word.

²³⁴(1986) 2 SCR 486.

²³⁵Lamer R op 503.

²³⁶(1987) 1 SCR 313 366.

Dickson 'n meer 'aktivistiese' standpunt oor fundamentele waardes ingeneem. Volgens hom is dit een van die *Charter* se breë onderliggende doelwitte om die posisie van die samelewing se sosio-ekonomiese verdruktes/verstoteling (*underdogs*) te verbeter.²³⁷ Die meerderheid van die regters van die Hooggeregshof het daarenteen 'n meer ideologies-neutrale houding oor sosio-ekonomiese beleidsaspekte ingeneem.²³⁸

Die woorde en konteks van die bepaling, en die aard en doelwitte van die *Charter* mag gebruik word om die inhoud van die fundamentele beginsels vas te stel. **Singleton** kritiseer die hof se klem op die *basic tenets of our legal system*, omdat dit beperkend is en nie universele waardes wat verby afsonderlike regstelsels strek, in ag neem nie.²³⁹ Hy verwys²⁴⁰ na regter La Forest se standpunt in *R v Beare*²⁴¹ dat die fundamentele beginsels van geregtigheid die ewewig tussen die belange van individue en dié van die kollektiewe groep of samelewing (wat deur die staat verteenwoordig word), daarstel.

Wilson reken dat dit die taak van die regter is om voortdurend daarna te streef om fundamentele regte só af te dwing ten einde die gemeenskap beter, meer ontwikkel en meer verdraagsaam (*tolerant*) te maak.²⁴² Alhoewel **Manfredi** van mening is dat die Kanadese howe 'n waardebaseerde benadering tot grondwetuitleg volg,²⁴³ is die regbank volgens **Trakman** steeds geneig om fundamentele regte in isolasie van hulle materiële inhoud uit te lê:

[The] strict division of power between legislature and court unduly simplifies the function of both. It pre-supposes that Canadian judges, in interpreting the 'law', somehow can avoid substantively reconstituting it.²⁴⁴

²³⁷Sien ook **Wilson** (1988) 381 se standpunt dat die ware toets van fundamentele regte geleë is in die mate waarin hulle minderbevoorregtes en die ongewildes in die samelewing dien en beskerm.

²³⁸**Russell** (1988) 397.

²³⁹**Singleton TJ** 'The principles of fundamental justice, societal interests and section 1 of the Charter' (1995) 74 *Canadian Bar Review* 446 453. Hy verwys veral na die ontwikkeling van internasionale mense-regte ná die Tweede Wêreldoorlog. Sien ook **Wilson** (1988) 373, wat daarop wys dat die beginsels van internasionale mense-regte (*international human rights law*) 'n belangrike rol gedurende grondwetuitleg behoort te speel, asook Lamer R se standpunt in die *Motor Vehicle*-saak [nt 228 hierbo] dat internasionale konvensies 'n goeie bron van die beginsels van fundamentele geregtigheid is.

²⁴⁰**Singleton** (1995) 456.

²⁴¹(1988) 2 SCR 387.

²⁴²**Wilson** (1988) 383. Sien ook **Manfredi** (1992) 231 wat hierna as *dignity enhancement* verwys, asook **Lamer** (1994) 588 wat na die handhawing van fundamentele regte as 'n *remedial goal* verwys.

²⁴³**Manfredi** (1992) 232.

²⁴⁴**Trakman** (1994) 36-37.

Daarteenoor meen **Strayer** dat die Kanadese positivistiese regstradisie tot gevolg het dat die howe nie, soos hulle eweknieë in die VSA, probeer om die ware betekenis van die Grondwet in die natuurreg of 'n soortgelyke mistieke bron te vind nie. Alhoewel die howe na die *basic tenets of our legal system* verwys het, is hulle wye begrippe, en vatbaar vir persoonlike interpretasie. Verwysings na *non-interpretivists* soos Dworkin is in elk geval te ver van die *Charter* se positivistiese invloede verwyder. Waarde-aktiverende uitleg is ook nie op sy agenda nie: die *Charter* (en die howe) is nie 'n oplossing vir alle probleme en ongeregthede nie. Die *Charter* is nie bedoel om as plaasvervanger vir die demokraties-verkose regering te funksioneer nie.²⁴⁵ Op haar beurt beklemtoon **Wilson** die dinamiese aard van grondwetuitleg en die skeppende funksie van die howe: die Grondwet is altyd onvoltooid en is pal besig om te ontwikkel, en word op dinamiese en progressiewe wyse deur die regbank gevorm.²⁴⁶

Strayer beskryf die resultate van die *Charter* as volg:

It has had an important *inspirational value* and a homogenising effect in identifying and enforcing a commonality of values which most Canadians share.²⁴⁷

Só 'n uitlating kan kwalik as 'n riglyn vir waarde-aktiverende grondwetuitleg gebruik word. Trouens, dit is juis op grond van sulke uitlatings wat CLS die liberale regsdele as *rights rhetoric* afmaak en meen dat grondwetlike toetsing net die bestaande politieke magstrukture verskans.²⁴⁸ Van 'n algemeen-aanvaarde paradigma van grondwetuitleg in Kanada is daar nie sprake nie. Alhoewel doeldienende uitleg as die aanvaarde uitlegmetodiek beskou word, is die howe steeds nie eens oor die inhoud en betekenis daarvan nie, veral nie wat fundamentele grondwetlike waardes betref nie. Sogenaamde *dignity enhancement* kom wel ter sprake, maar is nie 'n oorhoofse riglyn nie.²⁴⁹ Afgesien van die gebrek aan 'n duidelike beleid oor fundamentele waardes, staan die Kanadese

²⁴⁵ **Strayer** (1988b) 367-368.

²⁴⁶ **Wilson** (1988) 373. Sy koppel hierdie siening ook aan Dworkin se verduideliking dat uitleg soortgelyk aan 'n *chain novel* is, waar elke opvolgende regter 'n nuwe hoofstuk byvoeg. Sien ook hfst 3 hierbo vir 'n bespreking van Dworkin se uitlegbenadering.

²⁴⁷ **Strayer** (1988b) 368 (my kursivering).

²⁴⁸ Sien oa **Petters** A 'Canada's Charter flight: soaring backwards into the future' (1989) 16 *Journal of Law and Society* 151ff, en die bronne in **Beatty** (1990) 5 nt 6. Vgl ook hfst 3 hierbo tav die *Critical Legal Studies*-beweging.

²⁴⁹ In *R v Altseimer* (1982) 142 DLR (3rd) 246 het regter Zuber bv teen *bizarre and colourful arguments* en *extravagant interpretations* gewaarsku, wat glo die respek vir, en status van, die *Charter* sal verminder.

grondwetlike jurisprudensie steeds in die skaduwee van parlementêre soewereiniteit. Waar die Amerikaners steeds met die *countermajoritarian*-argument worstel (in die afwesigheid van uitdruklike grondwetlike toetsing), het die Kanadese 'n stelsel van uitdruklike wetgewende veto van grondwetlike toetsing verkies. Hierdie kompromie strook geensins met die beginsels van die materiële regstaat en 'n waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg nie.

(b) Namibië

□ Algemeen

Op 9 Februarie 1990 het die Namibiese grondwetgewende vergadering die nuwe Grondwet van Namibië eenparig aangeneem, en op 21 Maart 1990 het Namibië onafhanklik geword. Dit het 'n einde gebring aan 'n lang, moeisame en soms gewelddadige wordingsgeskiedenis: vanaf 'n Duitse kolonie, mandaatgebied en internasionale twispunt, deur die Suid-Afrikaanse administrasie (met gepaardgaande rassediskriminasie en 'n bevrydingsoorlog wat sedert 1966 geduur het) tot, uiteindelik, onafhanklikheid.²⁵⁰

□ Van kolonialisme tot konstitusionalisme

Weens Namibië se geskiedenis is dit dan ook te verstane dat aspekte daarvan in die Namibiese Grondwet weerspieël is. Die 1982-Grondwetlike Beginsels vorm die internasionaal-onderhandelde grondslag van die Grondwet, terwyl Namibië se traumatiese geskiedenis van menseregteskendings, rassediskriminasie en apartheidsmaatreëls baie duidelik in die fundamentele waardes en aspirasies na vore kom (en veral as riglyne in die loop van grondwetuitleg gebruik is).

²⁵⁰Sien oa Slonim (1973), Wiechers (1989/90) 3-14, Carpenter (1989/90a) 22-27 en Erasmus G 'Die Grondwet van Namibië: internasionale proses en inhoud' (1990) *Stell LR* 277ff vir 'n volledige geskiedkundige oorsig. Vgl ook hfst 4 hierbo vir 'n bespreking van grondwetuitleg in SWA/Namibië voor onafhanklikheid.

○ **Die 1982-Grondwetlike Beginsels**

Die 1982-Grondwetlike Beginsels (*Principles concerning the Constituent Assembly and the Constitution*)²⁵¹ vorm deel van Veiligheidsraadresolusie 435,²⁵² wat die raamwerk was vir 'n internasionaal-aanvaarde skikkingsplan waarvolgens Suidwes-Afrika onafhanklik sou word. Die 1982-Beginsels was nie oorspronklik deel van Resolusie 435 nie, en is byna vier jaar later bygevoeg. Die 1982-Beginsels is eenparig deur al die partye in SWA/Namibië aanvaar.²⁵³

Die 1982-Beginsels bestaan uit twee afdelings: die eerste, (wat nie vir hierdie proefskrif van belang is nie), behels die samestelling, struktuur en prosedures van die Grondwetgewende Vergadering, en die tweede afdeling (*Principles for a Constitution for an independent Namibia*), handel oor die fundamentele grondwetlike beginsels wat in die Grondwet opgeneem moes word. Hulle het, onder meer, die volgende ingesluit: 'n soewereine, demokratiese eenheidstaat (*unitary state*); 'n oppermagtige beregbare grondwet; 'n onafhanklike regbank; en die beklemtoning van fundamentele regte (wat op die VN se *Universal Declaration of Human Rights* van 1948 gebaseer moes wees).

Wiechers²⁵⁴ koppel die vraag aangaande die regskrag van die 1982-Beginsels in Namibië ná onafhanklikheid aan die materiële regstaat. Volgens hom het die 1982-Beginsels die voorvereistes (*preconditions*) geword waarop die Namibiese Grondwet moes berus het. In hierdie opsig vorm hulle die fundamentele en onveranderlike (*immutable*) grondwetlike beginsels wat nie gewysig of herroep mag word nie.²⁵⁵

○ **Die Grondwet, fundamentele waardes en aspirasies**

Die Namibiese Grondwet is 'n goeie voorbeeld van 'n moderne grondwet waarin die

²⁵¹UN Doc S/15287 (1982).

²⁵²UN Doc S/Res/435 (1978).

²⁵³By die eerste sitting van die Grondwetgewende Vergadering op 21 November 1989 het een van die verteenwoordigers van SWAPO voorgestel dat die 1982-Beginsels as grondslag vir die nuwe Namibiese Grondwet moet dien. Dié voorstel is eenparig aanvaar. Sien **Wiechers** (1989/90) 13 nt 35 en **Erasmus** (1990) 285 hieroor.

²⁵⁴**Wiechers** (1989/90) 20-21.

²⁵⁵Vgl ook **Wiechers** (1985b) 383ff tav die *fundamental laws* wat 'n grondwet onderlê, asook Schreiner AR se minderheidsuitspraak in *Collins v Minister of the Interior* [nt 176 hierbo].

foute van die verlede, en die aspirasies en strewes vir die toekoms, nie net as algemene samehang²⁵⁶ dien nie, maar ook die uitdruklike en onderliggende fundamentele grondwetlike waardes verwoord wat tydens grondwetuitleg gebruik behoort te word.²⁵⁷

Die voorrede beklemtoon inherente menswaardigheid, en dat die gelyke, onvervreembare regte van alle mense onontbeerlik is vir vryheid, gelykheid en vrede, en dat hierdie regte alleenlik binne 'n demokratiese staat, met 'n onafhanklike regbank en oppermagtige grondwet behoorlik beskerm en gehandhaaf kan word. Die mense van Namibië is hierdie regte as gevolg van apartheid,²⁵⁸ kolonialisme en rassisme ontnem, en menswaardigheid word weer eens beklemtoon: die strewe is na menswaardigheid, asook die bevordering van die eenheid en integriteit van die Namibiese nasie binne die internasionale gemeenskap. Verder word nasionale versoening, vrede, eenheid en 'n onverdeelde trou en lojaliteit aan 'n enkele staat beklemtoon.

Dit is belangrik om daarop te let dat die voorrede dit uitdruklik stel dat die 'mense' tot hierdie beginsels verbind is, dat Namibië derhalwe 'n soewereine, demokratiese en eenheidstaat sal wees om geregtigheid, vryheid, gelykheid en samehorigheid (*fraternity*) vir almal te verseker. Dáárom is die Grondwet die fundamentele reg in Namibië. Die voorrede beliggaam dus gepositiveerde fundamentele grondwetlike waardes, wat in aanmerking geneem moet word in die loop van grondwetuitleg.²⁵⁹

²⁵⁶Sien **Ruppel** (1992) 52 hieroor.

²⁵⁷Sien **Carpenter** (1989/90a) 29 wat meen dat sommige van dié beginsels blote *politico-legal ideals* eerder as *constitutional doctrine* is. Hiermee kan nie saamgestem word nie: die waardes (ideale, aspirasies, beginsels, ens) is in die grondwetlike teks gepositiveer, en binne 'n teleologiese (*value-coherent*) benadering vorm hulle fundamentele grondwetlike waardes wat gebruik móét word gedurende die interpretasie van 'n oppermagtige grondwet. Sien Berker HR se standpunt in *Ex Parte Attorney-General, Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of the State* 1991 3 SA 76 (NmSC) 96B-C se standpunt dat waarde-oordele nie uitsluitlik dmv regsreëls en presedente bereik word nie, maar dat die sosiale omstandighede en ondervinding van die mense van Namibië ten volle in berekening gebring moet word. Sien verder ook **Erasmus** (1990) 290 nt 32:

'So word bv van die aanhef van die Wes-Duitse *Grundgesetz* gesê dat dit nie slegs politiese waarde het nie, maar ook juridiese bepalinge bevat met toekomstige aanwendingsverpligtinge. Dit is ook by die uitleg van die Duitse *Grundgesetz* van belang.'

²⁵⁸Sien *S v Van Wyk* 1992 1 SACR 147 (NmSC) 173 en *Government of the Republic of Namibia v Cultura* 2000 1994 1 SA 407 (NmSC) 561 waarin na die Grondwet se anti-apartheid etos verwys word.

²⁵⁹In *Kauesa v Minister of Home Affairs* 1994 3 BCLR 1 (NmHC) 34F-G het die hof korrek beslis dat die Grondwet se voorrede 'n belangrike interne hulpmiddel by grondwetuitleg is, wat nie net gebruik mag word indien die teks onduidelik of dubbelsinnig is nie.

Artikel 1 is 'n herkonstatering van sekere beginsels wat in die voorrede genoem is. Artikel 1(1) beskryf Namibië as 'n soewereine, sekulêre, demokratiese eenheidstaat, wat op die beginsels van demokrasie, *rule of law*²⁶⁰ en geregtigheid vir almal gebaseer is. Artikel 1(2) bepaal dat alle mag in die mense van Namibië gesetel is, wat hulle soewereiniteit deur middel van demokratiese instellings²⁶¹ sal uitoefen, en artikel 1(6) bepaal dat die Grondwet die hoogste reg (*supreme law*) in Namibië is. Die verwysing na *We the people* in die voorrede, saamgelees met *the people* in artikel 1(2) en artikel 1(6) (wat bepaal dat die Grondwet die hoogste reg in die gebied is), behoort die *countermajoritarian*-argument ten minste gedeeltelik te troef, want dit dui uitdruklik daarop dat die mense van Namibië ten gunste van grondwetlike toetsing besluit het.²⁶²

Hoofstuk 3 bevat 'n uiteensetting van die fundamentele regte. Ingevolge artikel 5 moet hierdie fundamentele regte deur die uitvoerende gesag, die wetgewer en die regbank gerespekteer en gehandhaaf word. Die fundamentele regte bind dus die staat, en waar van toepassing, ook natuurlike en regspersone, en is deur die howe afdwingbaar. Artikels 22 (beperkingsklousule), 23 (die regstellende optredeklousule of *affirmative action clause*),²⁶³ 24 (die opskortingsklousule of *derogation clause*) en 26 (openbare noodtoestand, krygswet en 'n staat van nasionale verdediging)²⁶⁴ verteenwoordig die grondwetlike beperkings en opskortings van die fundamentele regte in Hoofstuk 3. Artikel 25 omskryf die afdwinging van die fundamentele regte deur die regbank²⁶⁵ en die

²⁶⁰Carpenter (1989/90a) 29 meen dat dié verwysing na *rule of law* en art 1(6), wat bepaal dat die Grondwet die hoogste reg in Namibië is, mekaar moontlik weerspreek, omdat die *rule of law*-begrip sekere politieke konnotasies het. Myns insiens word daar hier na die 'wye' *rule of law*-begrip, wat vir alle praktiese doeleindes die materiële regstaat is (sien hfst 2 hierbo), verwys. Trouens, die samevoeging van *democracy, rule of law and justice for all* in art 1(1) kan as 'n beknopte definisie van die materiële regstaat beskou word.

²⁶¹Die Duitse Konstitusionele Hof (*Bundesverfassungsgericht*) word ook as een van die 'demokratiese instellings' in Duitsland beskou (sien bespreking hierbo).

²⁶²Sien ook die *auto-limitation*-argument ten gunste van grondwetlike toetsing in hfst 2 hierbo.

²⁶³Hierdie bepaling is soortgelyk aan onderskeidelik arts 8(3)(a) van die 1993-Grondwet, en 9(2) van die 1996-Grondwet in Suid-Afrika, wat beide daarop gemik is om te voorkom dat regstellende aksie-maatreëls ongrondwetlik bevind word.

²⁶⁴Die Suid-Afrikaanse 1993- en 1996-Grondwette maak nie voorsiening vir krygswet nie. Art 82(4)(b)(i) van die 1993-Grondwet maak ook voorsiening vir 'n (tot dusver ongedefinieerde) staat van nasionale verdediging.

²⁶⁵Ingevolge artikel 78(2) is die regbank onafhanklik, en slegs aan die Grondwet en die reg onderworpe.

Ombud. Ingevolge artikel 66 bly die inheemse reg en gemenereg²⁶⁶ voortbestaan in die mate wat beide nie met die bepalings van die Grondwet bots nie, en artikel 144 bepaal dat die algemene beginsels van die volkereg, en internasionale verdrae wat bindend op Namibië is, deel van die Namibiese reg sal vorm.²⁶⁷ Artikel 130 maak voorsiening vir die verskansing van die fundamentele regte teen enige wysiging en/of herroeping daarvan.²⁶⁸

In die lig van Namibië se maatskaplik-politieke geskiedenis, is dit opmerklik dat die Grondwet op tradisioneel-Westerse liberaal-demokratiese beginsels gebaseer is, sonder enige erkenning van sosio-ekonomiese regte.²⁶⁹ Binne die konteks van Namibië as 'n ontwikkelende land word hierdie probleem egter in 'n mate deur Hoofstuk 11 (*Principles of State Policy*) aangespreek. Dit bevat die (veral sosio-ekonomiese) programmatiese doelstellings wat die staat onderneem om na te streef, en is nie fundamentele regte wat onmiddellik afgedwing kan word nie.²⁷⁰ **Carpenter** beskryf dit as volg:

Chapter 11 may be described as a political manifesto or blueprint, a statement of intention which has been accorded special validity and permanence by its inclusion in the Constitution itself.²⁷¹

Hoofstuk 11 verhef Namibië nietemin nie tot 'n uitdruklike welvaartstaat nie. Aangesien die beginsels egter in die Grondwet vervat is, kan hulle as deel van die onderliggende grondwetlike waardes beskou word. Die vraag wat dus nou ontstaan, is: indien hierdie beginsels as fundamentele waardes beskou word, en gedurende waardegerigte grondwetuitleg in ag geneem kan word, hoe lank sal dit duur voordat hulle saam met, byvoorbeeld, artikel 23 (*Apartheid and Affirmative Action*) tot 'n mate van 'aktivistiese' sosio-ekonomiese regspraak (*Interessenjurisprudenz*) aanleiding gee?²⁷²

²⁶⁶Sien *Djama v Government of the Republic of Namibia* 1993 1 SA 387 (NmSC) oor die voortbestaan van sekere gemeenregtelike reëls en vermoedens van wetsuitleg.

²⁶⁷Vgl oa **Erasmus G** 'The Namibian Constitution and the application of international law' (1989/90) SAYIL 81ff hieroor.

²⁶⁸Sien ook art 22(b) wat bepaal dat 'n beperking van 'n fundamentele reg nie die *essential content* daarvan mag ontken nie.

²⁶⁹Dit kan dus gesê word dat Namibië net 'n *Rechtsstaat* is, en nie 'n *Rechtstaat* en *Sozialstaat* soos Duitsland nie (sien bespreking hierbo).

²⁷⁰**Erasmus** (1990) 310.

²⁷¹**Carpenter** (1989/90a) 56.

²⁷²Sien oa **Ruppel** (1992) 53 tav ekonomiese groei en die suksesvolle werking van die Grondwet.

○ Die regbank en waarde-oordele

Hierdie afdeling is 'n kort oorsig van 'n aantal Namibiese hofbeslissings sedert onafhanklikheid. In die bespreking sal daar veral op die howe se gebruik van waarde-oordele gekonsentreer word.

In *S v Acheson*²⁷³ moes die hof beslis oor 'n aansoek deur die Staat dat die beskuldigde²⁷⁴ sonder borg tydens 'n lang uitstel van die verhoor aangehou word. Waarnemende regter Mahomed het daarop gewys dat, alhoewel die grondwetlikheid van die betrokke bepaling nie ter sake was nie, die onderhawige aansoek nie los van die fundamentele waardes in die Grondwet bereg kan word nie. Die aansoek om uitstel van die saak is toegestaan, maar die beskuldigde is wel op borgtog vrygelaat. In sy uitspraak het regter Mahomed 'n (nou reeds alombekende) uitlating oor die status van die fundamentele waardes wat die Grondwet stut, gemaak:

The constitution of a nation is not simply a statute which mechanically defines the structures of government and the relations between the government and the governed. It is a 'mirror reflecting the national soul', the identification of the ideals and aspirations of a nation; the *articulation of the values* bonding its people and disciplining its government. *The spirit and tenor of the constitution must therefore preside and permeate the processes of judicial interpretation and judicial discretion.*²⁷⁵

Die verbod op marteling, en onmenslike of vernederende behandeling of straf,²⁷⁶ asook 'n beskuldigde se reg teen self-inkriminasie²⁷⁷ het in *S v Minnies*²⁷⁸ ter sprake gekom. Die hof moes beslis of getuienis wat na herhaaldelike aanrandings en marteling van die beskuldigde, wel as getuienis toelaatbaar was. Waarnemende regter Du Toit het die Staat se argument dat die reg teen self-inkriminasie net op mondelinge getuienis, en nie op uitwysings nie, van toepassing is, verwerp. In sy uitspraak het die regter daarop gewys dat die fundamentele regte in die Grondwet daardie waardes en ideale wat die mees verligte (*enlightened*) beeld van 'n demokratiese gemeenskap wat onder die reg

²⁷³1991 2 SA 805 (NmHC).

²⁷⁴Acheson was van die moord op Anton Lubowski, 'n vooraanstaande lid van SWAPO, aangekla.

²⁷⁵Op 813B van die verslag (my kursivering).

²⁷⁶Artikel 8(2)(b) van die Grondwet.

²⁷⁷Art 12(1)(f) van die Grondwet.

²⁷⁸1991 3 SA 364 (NmHC).

staan, weerspieël.²⁷⁹ Hy het, teen die agtergrond van die betrokke saak, 'n stelling gemaak wat met 'n waardegerigte omskrywing van 'aktivisme'²⁸⁰ ooreenstem:

In interpreting and giving effect to human rights provisions, I would rather err, if I do err, on the side of the protection of the individual against police excesses.²⁸¹

*Ex Parte Attorney-General, Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of the State*²⁸² is waarskynlik die sleutelgesag (*locus classicus*) van waardegerigte grondwettutleg in Suider-Afrika. Die Namibiese Hooggeregshof is deur die hoofregter om 'n petisie oor die grondwetlikheid van lyfstraf in staatsinstansies (oa tronke en skole) genader. Die hof het beslis dat staatsgoedgekeurde (*state sanctioned*) lyfstraf met artikel 8(2)(b) van die Grondwet (wrede en onmenslike straf) bots en gevolglik ongrondwetlik is. In sy uitspraak het waarnemende appèlregter Mahomed weer eens die fundamentele aard van die waardes wat die Grondwet onderlê, beklemtoon:

Article 8 of the Constitution must therefore be read not in isolation but within the context of a fundamental humanistic constitutional philosophy introduced in the preamble to and woven into the manifold structures of the Constitution.²⁸³

Die Grondwet word dus deur sowel uitdruklike as geïmpliseerde waardes onderlê.²⁸⁴ Dit is die hof se plig om hierdie waardes te identifiseer en te konkretiseer:

It is however a value judgment which requires objectively to be articulated and identified, regard being had to the contemporary norms, aspirations, expectations and sensitivities of the Namibian people as expressed in its national institutions and its Constitution, and further having regard to the *emerging consensus of values in the civilised international community* (of which Namibia is part) which Namibians share. This is not a static exercise. It is a continually evolving dynamic.²⁸⁵

Volgens hoofregter Berker kan 'n waarde-oordeel nie net op grond van bestaande regsreëls gemaak word nie, maar moet die sosiale omstandighede, ondervinding en opvattinge van die gemeenskap in sy geheel ook in ag geneem word.²⁸⁶ Dus word fundamentele waardes nie net uitdruklik in die Grondwet geïmposeer nie:

²⁷⁹Op 384H van die verslag.

²⁸⁰Sien oa Kruger (1990) 179 nt 88.

²⁸¹Op 385B-C van die verslag (my kursivering), en vgl ook die omskrywing van 'aktivisme' in hfst 1 hierbo in dié verband. Sien verder ook Strydom (1994) 98 oor die beslissing.

²⁸²[Nt 255 hierbo].

²⁸³Op 78C van die verslag (my kursivering).

²⁸⁴Kruger (1994a) 18.

²⁸⁵Op 86I-J van die verslag (my kursivering).

²⁸⁶Op 96B-C van die verslag. Sien ook die opmerkings in nt 255 hierbo.

[T]he making of a value judgment is only possible by taking into consideration the historical background, with regard to the social conditions and evolutions, of the political impact on the perceptions of the people and a host of other factors, as well as the ultimate crystallisation of the basic beliefs and aspirations of the people of Namibia in the provisions in the Bill of Fundamental Human Rights and Freedoms.²⁸⁷

Regter Berker se identifisering van die buite-grondwetlike ontstaansbronne van die fundamentele waardes moet verwelkom word. Tog is daar een aspek wat hinder: indien die verwysing na die *perceptions of the people of this country* op 'n gemeenskaplike stel inheemse waardes dui, wat met die ander fundamentele waardes ooreenstem, alles goed en wel. Die indruk word egter geskep dat hierdie opvattinge na 'n breë openbare mening verwys, wat maar net 'n meer indirekte vorm van parlementêre soewereiniteit sal wees. **Kruger**²⁸⁸ kritiseer ook regter Berker se wye perspektief op die bron en betekenis van die waardes wat by grondwetuitleg aangewend mag word. Volgens hom is regter Mahomed se ietwat 'enger' benadering tot die fundamentele waardes korrek, omdat die waardes steeds juridies gekwalifiseer word.²⁸⁹ Die volle samehang van die Grondwet word in ag geneem, sonder om die openbare mening by die uitlegproses te betrek. Binne die soeke na 'n algemeen-aanvaarde paradigma van grondwetuitleg is **Carpenter** se opmerking insiggewend:

[T]he court had no problem in deciding whether to be 'activist' or 'positivist', 'libertarian' or 'conservative'. It merely got on with the job of measuring the constitutionality of legislation against the yardstick provided by the Constitution itself.²⁹⁰

Die laaste twee sake onder bespreking het nie op die skending van individuele regte en vryhede betrekking nie, maar wel op aspekte wat die fundamentele aard van 'n demokratiese regsorde raak. In *S v Heita* (2)²⁹¹ het regter O'Linn uitgewei oor hoekom hy hom nie van die saak moet onttrek nie. Dit het gevolg op 'n openbare veldtog, onder leiding van lede van die regerende politieke party, van insinuasies en beledigings teen hom (en ander blanke lede van die regbank), nadat hy blankes wat van hoogverraad aangekla is, vrygespreek het. Die regter het veral na die onafhanklikheid van die

²⁸⁷Op 96J-97A van die verslag.

²⁸⁸**Kruger TJ** "'Value-judgments' versus positivism" (1991) *SAPR/PL* 290 293.

²⁸⁹Sien **Kruger** (1991d) 296, waar hy aandui dat dié beslissing prysenswaardig is, veral omdat dit bewys het dat waarde-oordele juridies werkbaar is en 'n aanvaarbare kriterium gedurende grondwetuitleg is.

²⁹⁰**Carpenter G** 'A Namibian duo' (1990/91) *SAYIL* 162 164.

²⁹¹1992 3 SA 785 (NmHC).

regbank onder 'n oppermagtige grondwet verwys:

[T]he independent Court is subject only to the Constitution and the law. This simply means that it is also not subject to the dictates of political parties, even if that party is the majority party. *Similarly it is not subject to any other pressure group.*²⁹²

'n Regter kan slegs behoorlik funksioneer indien die onafhanklikheid van die regbank nie net beskou word as deel van 'n grondwet wat somtyds as 'n openbare betrekkingedokument gebruik word nie, maar deur almal aanvaar en gerespekteer word.²⁹³

Die fundamentele demokratiese waardes in 'n regstaat het in *Ex Parte Attorney-General: in re The Constitutional Relationship between the Attorney-General and the Prosecutor-General*²⁹⁴ ter sprake gekom. Die Hooggeregshof is om 'n opinie genader oor die verhouding tussen die *attorney-general* ('n uitvoerende amptenaar wat 'n politieke aanstelling is) en die *prosecutor-general* (wat deur die Regterlike Dienskommissie aangewys word en 'n kwasi-judisiële funksie vervul). In sy uitspraak het waarnemende appèlregter Levy daarop gewys dat indien 'n politieke amptenaar oor die instelling en terugtrekking van vervolgings kan besluit, dit in stryd met die fundamentele waardes in die Grondwet sal wees.²⁹⁵ Hy het hierdie bevestiging van die onafhanklikheid van die *prosecutor-general* dan ook uitdruklik aan die materiële regstaat gekoppel:

The most outstanding characteristic of the material *rechtsstaat*, based upon the formal concept of the *rechtsstaat*, is that State authority is bound by a set of higher juridical norms (*Grundsätze*). The realisation of these norms creates a situation which may be described in legal terms as materially just.²⁹⁶

Sy beslissing is uiteindelik op die verwoording en weerspieëling van die fundamentele grondwetlike waardes gebaseer:

Indeed, it is my strong view that this conclusion is the only one which reflects the spirit of the Constitution, its cardinal values, the ethos of the people, and articulates their values, their ideals and their aspirations. It also is entirely in accordance with the 'uniquely caring and humanitarian quality of the Constitution'.²⁹⁷

²⁹²Op 789E-F van die verslag (my kursivering).

²⁹³Op 787C van die verslag. Sien ook **Ruppel** (1992) 57-61 vir 'n 'amptelike' perspektief op die kwessie.

²⁹⁴1995 8 BCLR 1070 (NmSC).

²⁹⁵Op 1079F van die verslag.

²⁹⁶Op 1086H-I van die verslag.

²⁹⁷Op 1089F-G van die verslag.

5.4 SAMEVATTING

Hierdie kort regsvergelykende oorsig het net op waardebaseerde grondwetuitleg (of die gebrek daaraan) gekonsentreer. Net so min as wat die betekenis van 'die gees en strekking van die fundamentele regte' en die *underlying values of the constitution* ooit finaal en seker is, kan die mate waarin fundamentele waardes deur die howe gebruik word, ooit empiries gemeet word. Nogtans kan daar, wat fundamentele waardes en grondwetuitleg betref, twee breë strome geïdentifiseer word: enersyds, die VSA en Kanada, waar volgehoue en ernstige skendings van menseregte nie die totstandkoming van die twee Grondwette voorafgegaan het nie en fundamentele waardes nie 'n deurslaggewende rol gedurende grondwetlike toetsing speel nie; en andersyds, Duitsland en Namibië, waar die Grondwette nie net die geskiedenis van menseregte-skendings weerspieël nie, maar grondwetuitleg uitdruklik vanuit 'n waardebaseerde perspektief toegepas word.

In die VSA word die debat oor grondwetuitleg deur die *countermajoritarian*-argument oorheers. **Schauer**²⁹⁸ meen dat daar een deurlopende tema in al die Amerikaanse uitlegteorieë is: die *Supreme Court*. Hierdie vrees vir *judicial supremacy* word vererger deur die politieke strominge rondom die aanstellingsprosedure van federale regters, wat tot die verskillende variasies op die politieke prosesteorieë aanleiding gee. Volgens **Strauss**²⁹⁹ is tekstualisme en *originalism* die prominentste teorieë oor grondwetuitleg in die VSA omdat daar nog nie 'n samehangende en algemeen-aanvaarde mededinger geformuleer is nie. **De Waal**³⁰⁰ wys daarop dat die Amerikaanse Grondwet die afloop ná buitelandse oorheersing was, en die vrees vir regeringsinmenging en beperking van individuele en politieke vryhede is gevolglik dwarsdeur die dokument merkbaar. Daarom is vryheid van spraak moontlik die belangrikste grondwetlike waarde in die VSA. Dat die Amerikaanse grondwetlike jurisprudensie wel sekere riglyne vir die Suid-Afrikaanse howe kan bied, word nie betwyfel nie, maar dit is beperk tot die aard, inhoud en toepassing van sekere bepaalde regte. Daar is, myns insiens, nie 'n navolgenswaardige

²⁹⁸**Schauer F** 'The occasions of constitutional interpretation' (1992) 72 *Boston University LR* 729.

²⁹⁹**Strauss** (1996) 879.

³⁰⁰**De Waal** (1995) 2. Sien ook **Dickson** (1992) 200-201 hieroor.

waardegerigte paradigma van grondwetuitleg in die VSA te bespeur nie. Toegegee, die Amerikaanse Hooggeregshof (*Supreme Court*) het wel in die verlede sekere 'aktivistiese' uitsprake op fundamentele beginsels gebaseer (oa *Marbury v Madison*, *Brown v Board of Education*, *Griswold*, *Roe v Wade*) en in die proses nuwe standarde daargestel. Die waardebasis van hierdie 'aktivisme' word in groot mate deur die politieke aanstellings op die regbank geneutraliseer: dit wil voorkom of die hof slegs binne 'n gegewe ideologiese raamwerk 'aktivisties' sal wees. Uiteindelik is daar geen werklike waardebaseerde riglyne uit grondwetlik-gepositieerde waardes af te lei nie. Een van die probleme is die feit dat die Amerikaanse Grondwet nie 'n beperkingsklousule bevat nie³⁰¹ en gevolglik moet die hof self die inhoud en trefwydte van die wydomskrewe regte vasstel. Verder is daar geen uitdruklike plig (soos bv in arts 35 en 39 van onderskeidelik die 1993- en 1996-Grondwette in Suid-Afrika) om fundamentele grondwetlike waardes gedurende grondwetuitleg in die regsorde te vestig en te ontwikkel nie.

In Kanada staan die debat oor *judicial activism*, grondwetlike toetsing en beleidsaspekte steeds in die skaduwee van Westminster en parlementêre soewereiniteit. Dit gee aanleiding tot die paradoks van 'n oppermagtige grondwet en grondwetlike toetsing wat deur die wetgewer (dmv die *notwithstanding*-bepaling) gekwalifiseer word: met ander woorde, *legislative review of judicial review*. Die Kanadese Grondwet is gevolglik nie 'volledig' oppermagtig nie, en Kanada kan nie as ten volle materiële regstaat beskou word nie. Eerbied (*deference*) teenoor die wetgewer is dus streng gesproke *deference to the doctrine of sovereignty of parliament*. Alhoewel doeldienende grondwetuitleg in Kanada die algemeen-aanvaarde benadering is, het dit nie 'n uitdruklike waardebasis nie. In die lig van die Kanadese grondwetlike kompromie tussen grondwetlike toetsing en parlementêre soewereiniteit, is die kritiek dat doeldienende uitleg nie noodwendig geregtigheid nastreef nie,³⁰² des te meer relevant.

Die Duitse Grondwet het gevolg op van die ergste menseregteskendings in die

³⁰¹Sien oa Manfredi (1992) 224 en Wilson (1988) 374.

³⁰²Sien hfst 3 hierbo.

geskiedenis, en dus word demokratiese beginsels uitdruklik aan fundamentele grondwetlike waardes van menswaardigheid en sosiale geregtigheid gekoppel. **Brugger** som dit as volg op:

[G]ermans view their Constitution more as a substantive charter of justice than do the Americans, who traditionally pay more attention to the checks and balances aspect and the fairness of the political process.³⁰³

Ook in die Namibiese Grondwet beklee die individu se menswaardigheid 'n sentrale posisie, en word die Grondwet deur duidelike gepositieerde waardes, met die hof as handhawer en beskermmer van dié waardes, gekenmerk.

In die lig van Suid-Afrika se traumatiese geskiedenis is die vestiging van 'n *rights culture* en 'n fundamentele regtebedeling uiters belangrik. **Michelman** meen dat die Suid-Afrikaanse Grondwet 'n geleentheid na 'n *fundamentally reconceived future* is: gevolglik moet vrae oor materiële geregtigheid nie (soos in die VSA) aan aspekte soos die demokratiese aard van die politieke proses ondergeskik gestel word nie.³⁰⁴ Dit is dus noodsaaklik om grondwetuitleg vanuit 'n uitdruklike waardebaseerde paradigma te benader. In dié opsig behoort die Suid-Afrikaanse hofe hulself derhalwe eerder na die Duitse en Namibiese grondwetlike jurisprudensie te wend vir riglyne vir 'n waarde-aktiverende wyse van grondwetuitleg.

³⁰³**Brugger W** 'Legal interpretation, schools of jurisprudence, and anthropology: some remarks from a German point of view' (1994) 42 *American Journal of Comparative Law* 395.

³⁰⁴**Michelman** (1996) 480.

Bestekopname

6.1 INLEIDENDE OPMERKINGS

In die voorafgaande hoofstukke is die basis vir 'n algemene waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg ondersoek:

- In hoofstuk twee is die aard en wese van 'n egte grondwet (teenoor 'n blote konstitusie as institusionele *power map*) binne die substantiewe waardebelaaide raamwerk van die materiële regstaat omskryf. Dit is hierdie geregtighedsgerigte waardekomponent wat 'n *Gesetzesstaat* van 'n *Rechtsstaat* (in die materiële sin van die woord) onderskei.
- Hoofstuk drie het die teoretiese gronde vir wetsuitleg en die ontwikkeling van wetsuitlegmetodes ondersoek: vanaf die *plain meaning* letterlike benadering, die objektiewe delegasieteorieë deur tot die waardebaseerde teleologiese benadering. Die invloed van moderne, en somtyds kritiese insigte in die betekenis van taal en die rol van die regbank is terselfdertyd onder die loep geneem. Dit het duidelik geblyk dat taal meer as net woorde is, en dat die rol van die regbank by wetsuitleg noodwendig meer dinamies en skeppend moet wees, aangesien wetgewing (en dus ook 'n grondwet) nie sigself animerend en aktiverend (*self-executing*) is nie.
- In hoofstuk vier is grondwetuitleg in Suider-Afrika ondersoek: sogenaamde 'staatsregtelike wetsuitleg' binne 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit (Suid-Afrika vóór 1994, Ciskei en SWA/Namibië), sowel as die uitleg van die oppermagtige grondwette van Bophuthatswana, en Suid-Afrika (ná 27 April 1994). Die ondersoek het getoon dat die Suid-Afrikaanse regbank duidelike riglyne het waaruit 'n toekomstige waarde-aktiverende paradigma vir grondwetuitleg kan ontwikkel: die grondwetlik-gepositieerde waardes (oa vryheid,

gelykheid, menswaardigheid, internasionale menseregte, ens), asook die 'ongeskrewe' waardes wat die Grondwet onderlê (oa die Westerse liberale tradisie, die geregtighedsgerigte grondslae van die Romeins-Hollandse reg, *ubuntu* en die kernwaardes van 'n demokratiese orde wat in die minderheidsuitspraak in *Collins v Minister of the Interior*¹ beklemtoon is).

- In hoofstuk vyf is die grondwetlike jurisprudence in die VSA, Kanada, Duitsland en Namibië ondersoek om vas te stel watter rol fundamentele waardes by grondwetuitleg in dié lande speel. Uit dié oorsig het dit duidelik geword dat fundamentele grondwetlike waardes 'n groter rol in die Namibiese en Duitse grondwetuitleg speel as in dié van Amerika en Kanada. Die Amerikaanse grondwetlike jurisprudence word deur 'n gebrek aan uitdruklike grondwetlike waardes, asook die verlamende invloed van die *countermajoritarian*-argument gekenmerk. In Kanada geld die paradoksale situasie dat die oppermagtige, beregbare grondwet onderhewig is aan 'n uitdruklike wetgewende 'troef' (*override*), met die gevolg dat fundamentele waardes nie 'n deurslaggewende rol tydens grondwetlike toetsing speel nie. As gevolg van 'n traumatiese geskiedenis van mensregteskendings, beklee fundamentele waardes (veral menswaardigheid) daarenteen 'n sentrale posisie in die Namibiese en Duitse grondwetlike jurisprudence.

Suid-Afrika is sedert 27 April 1994 'n materiële regstaat.² Soos verduidelik, word hierdie regstaat deur uitdruklike en 'ongeskrewe' fundamentele waardes onderlê, maar daar is nogtans geen paradigma vir grondwetuitleg met die fundamentele onderliggende

¹1957 1 SA 552 (A).

²Die voorrede tot die 1993-Grondwet bepaal uitdruklik dat Suid-Afrika "n soewereine en demokratiese regstaat" is, terwyl art 35 na 'die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê' en 'die gees, strekking en oogmerke' van die fundamentele regte verwys. Alhoewel die 1996-Grondwet nie uitdruklik bepaal dat Suid-Afrika 'n regstaat is nie, is daar nietermin voldoende uitdruklike bepalings wat by noodwendige implikasie wel daarop dui: *a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights* (die voorrede); die Republiek is 'n soewereine demokratiese staat gebaseer op die waardes van menswaardigheid, gelykheid, die bevordering van menseregte en vryhede, 'n oppermagtige grondwet en die *rule of law* (art 1); die handves van fundamentele regte is die hoeksteen van 'n demokratiese Suid-Afrika, en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid; asook art 39, wat in groot mate 'n herhaling van art 35 van die 1993-Grondwet is.

waardes as grondslag nie. Trouens, met die uitsondering van 'n doeldienende benadering tot grondwetuitleg (met die gepaardgaande Kanadees-geïnspireerde debat of doeldienend ook *generous and liberal* sou insluit of nie), het daar nog nie 'n algemeen-aanvaarde en oorheersende metode van grondwetuitleg ontwikkel nie. In beginsel is regter Marais se standpunt in *Nortje v Attorney General, Cape*,³ dat dit onwys sou wees om een metode van grondwetuitleg tot 'n finale dogma te verhef, dus korrek. Dit is gevolglik, enersyds, die gebrek aan só 'n oorhoofse, algemeen-aanvaarde benadering, en andersyds, die onwenslikheid om grondwetuitleg aan een tradisionele uitlegbenadering vas te knoop, wat die dryfveer vir hierdie voorgestelde waarde-aktiverende paradigma vorm. Waarde-aktiverende grondwetuitleg is 'n algemene, rigtinggewende *Leitmotiv*, en is geensins bedoel om enige van die tradisionele metodes van uitleg te vervang nie. Inteendeel. Dit is die dwingende, normatiewe verwysingsraamwerk waarvandaan, waarbinne en waarheen grondwetuitleg op pad is.⁴ Die tradisionele metodes van grondwetuitleg (bv histories, doeldienend, vergelykend, en in sekere gevalle, selfs letterlike uitleg) kan en moet steeds, na gelang van die omstandighede, as die 'interpretasiegereedskap' gebruik word, solank die resultaat binne die waarderaamwerk inpas.⁵

Hierdie proefskrif is nie gemoeid met die vraag of waarde-oordele by grondwetuitleg toegepas behoort te word of nie: waardes en waarde-oordele is deel van die regstaatlike pakket. Ons hét 'n oppermagtige grondwet; ons hét 'n regstaat gekies; waardes is die materiële basis van die regstaat; die Suid-Afrikaanse Grondwet(te) verwys wél na waardes en plaas wél 'n verpligting op die regbank om hierdie grondwetlike waardes in ag te neem en te bevorder. Kortom, die fundamentele waardes

³1995 2 SA 460 (K) 472F-G. Sien hfst 1 op 12 vir volle aanhaling.

⁴Sien **Hahn HJ** 'Trends in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court' (1969) 16 *American Journal of Comparative Law* 570 572, wat daarop wys dat die Duitse Konstitusionele Hof enige van die uitlegmetodes afsonderlik of gesamentlik mag gebruik, solank dit die normatiewe inhoud van die teks na vore bring.

⁵Sien Van Dijkhorst R se (bytend spottende) opmerking in *Kalla v The Master* 1995 1 SA 261 (T) 268G-H in hierdie verband:

'Obviously, when one seeks to interpret the fundamental rights clauses of Chapter 3 [of the Constitution], which set out broad principles, this has to be done in the spirit of the Constitution. But surely not when one has to determine whether Bloemfontein is the seat of the Appellate Division as provided for in section 106(2)?'

is daar en móét gebruik word. Die vraag is bloot: wat doen ons met die fundamentele grondwetlike waardes? Is hulle maar net welluidende verwysings na 'n gemeenskaplike nasionale etos wat van tyd tot tyd as handige normatiewe versierings vir hofuitsprake kan dien? Indien wel, is die volgende vraag: is 'n Suid-Afrikaanse materiële regstaat dan werklik ons erns?

6.2 WAARDE-AKTIVERENDE GRONDWETUITLEG: VERGESTALTING VAN DIE MATERIËLE REGSTAAT

Dit is bepaald waar dat die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike jurisprudence nie 'n oorhoofse waarde-gerigte paradigma vir grondwetuitleg het nie. **Woolman** wys tereg op die moontlike langtermyn nadele van hierdie gebrek aan 'n normatiewe basis:

[U]nless the Constitutional Court wishes to abdicate its institutional responsibility of protecting the Constitution, it must be prepared to develop a political morality which gives real meaning and substance to the freedoms guaranteed in the Constitution and be willing to defend that morality by striking down offending legislation or executive action.⁶

Die uitdruklike en agterliggende fundamentele waardes vorm die grondslag van 'n normatiewe grondwetlike jurisprudence. Analooq aan die rol van die gemeenregtelike vermoedens by wetsuitleg, is die fundamentele waardes onvermydelik die vertrekpunt en die einddoel van grondwetuitleg.⁷ In dié opsig vervul die regbank 'n deurslaggewende regsformende rol. Ten spyte daarvan dat regter Kentridge in *S v Zuma*⁸ verklaar het dat die Grondwet nie beteken wat die regters wil hê dit beteken nie, is die hof noodwendig die 'eindregsvormer' in die regskeppende proses, want die Grondwet is nie selfaktiverend (*self-executing*) nie. Die regter moet 'n diskresie uitoefen, want waarde-oordele behels 'n proses van

evaluation and balancing; it means giving consideration to the choice's practical and moral results; and it means employment of not only the arguments of abstract logic, but those of economics, ethics, sociology and psychology.⁹

⁶**Woolman** (1994) 62-63.

⁷Sien **Du Plessis** (1986) 52-54 se voor-1994 standpunt dat die uitlegvermoedens die materiële *grund-norm* van wetsuitleg behoort te wees.

⁸1995 2 SA 642 (CC) para 17.

⁹**Cappelletti M** 'The law-making power of the judge and its limits: a comparative perspective' (1981) 8 *Monash University LR* 15 21.

Aangesien fundamentele waardes onlosmaaklik deel van die regstaatidee is, moet grondwetuitleg nie net waardebaser wees nie, maar ook waardegerig wees; nie net waardes handhaaf nie, maar ook bevorder en aktiveer; nie net waardes weerspieël nie, maar ook aktief vestig. Tydens grondwetuitleg moet daardie waardes wat 'n oppermagtige grondwet (as onlosmaaklike en noodwendige substantiewe onderbou van die materiële regstaat) stut, nie net as riglyn gebruik word nie: daardie waardes moet 'aktivisties' binne die regsorde bevestig, gevestig en bevorder word. Regter Sachs het in *Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*¹⁰ klaarblyklik na só 'n waarde-aktiverende funksie van die regbank verwys:

The values that must suffuse the whole process are derived from the concept of an open and democratic society based on freedom and equality, several times referred to in the Constitution. *The notion of an open and democratic society is thus not merely aspirational or decorative, it is normative, furnishing the matrix of ideals within which we work, the source from which we derive the principles and rules we apply, and the final measure we use for testing the legitimacy of impugned norms and conduct.* If I may be forgiven the excursion, it seems to me that it also follows from the principles laid down in *Makwanyane* that we should not engage in purely formal or academic analysis, nor simply restrict ourselves to ad hoc technicism, but rather focus on what has been called the synergetic relation between the values underlying the guarantees of fundamental rights and the circumstances of the particular case.¹¹

Dit behels 'n aktiewe bevordering van waardes (*value promotion*), want grondwetuitleg is, ten diepste, 'die materiële regstaat-in-aksie'. Hieruit volg die regbank se *sacred trust*,¹² om as beskermmer en handhawer van die grondwet se fundamentele waardes 'n meer positiewe rol te speel, dit wil sê, waardebelaaiende en geregtighedsgerigte *social engineering*.¹³ Hierdie 'aktivisme' is nietemin 'doelorganiese regsnormvorming'.¹⁴ Met ander woorde, dit moet voortdurend deur die grondwetlike waardes onderskraag en gerig word. Gekoppel met die hoë se regskeppende funksie tydens wetsuitleg, is grondwetuitleg dus ook 'n deurlopende proses van grondwetskepping,¹⁵ want 'n grondwet, en die grondwetlike waardes, is dinamies en toekomsgerig.

¹⁰1995 4 SA 631 (CC).

¹¹Para 46 van die verslag (my kursivering).

¹²Korsah R in *S v A Juvenile* 1990 4 SA 151 (ZSC) 176B.

¹³Friedman R in *Baloro v University of Bophuthatswana* 1995 4 SA 197 (B) 244B.

¹⁴**Labuschagne** (1993) 128. Op 129 wys hy daarop dat

'die doel van die onderskeie bepalings van 'n handves van menseregte self 'n organiese dimensie het, met ander woorde die doel is ook aan 'n ontwikkelingsproses onderworpe.'

¹⁵**Russel** (1988) 395. Sien ook hfst 3 tav regterlike regsforming en wetsuitleg.

Hierdie waarde-aktiverende funksie van die regbank val saam met **Nonet & Selznick**¹⁶ se *responsive law*-model. Volgens hulle is daar drie onderskeidende kenmerke (*modalities*) van die rol van die reg in die gemeenskap:¹⁷

- 'Die-reg-as-onderdrukker' (*repressive law*): die regstelsel is 'n instrument waardeur die belange van diegene wat ten gunste van 'n nuwe sosiale orde is, onder die dekmantel van wet en orde onderdruk word om die *status quo* te handhaaf. Die regstelsel se primêre funksie is die handhawing van bestaande gesagstrukture en word dus 'n verlengstuk van politieke mag.
- Die 'afsydige' regstelsel' (*autonomous law*), waar die houe ook die *status quo* handhaaf deur positivistiese en oënskynlike 'neutrale' toepassing van bestaande regsreëls, aangesien materiële vraagstukke soos geregtigheid en billikheid nie aangespreek word nie. Regterlike regsforming word geïnhibeer, want die funksie van die houe is om die reg te spreek, en nie te skep nie.¹⁸
- 'Reagerende reg' (*responsive law*), waar die skeidslyn tussen die reg en politiek nie meer so duidelik is nie, en die regstelsel meer ontvanklik is vir die eise van sosiale geregtigheid. Die reg word as 'n geregtighedsgerigte instrument gesien waardeur die gemeenskap se waardes en behoeftes bevorder moet word.

Mureinik beskou die handves van fundamentele regte (in die 1993-Grondwet) as die bron van grondwetlike waardes en die grondslag vir 'n nuwe kultuur van regte:

A Bill of rights is a *compendium of values* empowering citizens affected by laws or decisions to demand justification ... The point of the Bill of Rights is consequently to spearhead the effort to bring about a culture of justification.¹⁹

Die hedendaagse 'liberale regsïdee' het egter ook verander, want dit is nie net die waardes en regte van die individu wat beklemtoon word nie, maar ook dié van die

¹⁶**Nonet P & Selznick P** (1978) *Law and society in transition: towards responsive law*.

¹⁷In 'n sekere sin vind hierdie modelle aansluiting by Loewenstein se klassifikasie van nominale, semantiese en normatiewe konstitusies (sien hfst 2 hierbo).

¹⁸Vgl ook die tradisionele Suid-Afrikaanse wetsuitlegmetodiek in hfst 3 hierbo, asook die Appèlhof se *regardless of the consequence*-benadering tydens die 'totale aanslag' (hfst 4 hierbo).

¹⁹**Mureinik E** 'A bridge to where? Introducing the interim bill of rights' (1994) *SAJHR* 31 32 (my kursivering).

gemeenskap (veral die agtergeblewenes en uitgeworpenes).²⁰ Die opkoms van die moderne welvaartstaat het meegebring dat die regstaat nie net by die handhawing en beskerming van individuele regte en waardes betrokke is nie, maar ook gemeenskapswaardes en -regte moet vestig en bevestig. In hierdie verband is die Duitse *soziale Rechtsstaat*-begrip dan ook 'n poging om die inherente spanning tussen vryheid en gelykheid deur middel van menswaardigheid te besweer: die materiële regstaat het ook 'n weldoenerstaat (*benefactor state*)²¹ geword:

This is the aspect of state administrative functions, powers and actions which German jurists label '*Leistungsverwaltung*'. This involves the active promotion of economic, social, educational and other interests, the enhancement of standards of living and the creation of opportunities by the administration in order to ensure a better quality of life; in other words, the *Leistungsverwaltung* establishes conditions of freedom and equality and in general guarantees and serves human dignity.²²

Henning²³ wys daarop dat die moderne administratiewe staat dus nie net neem nie, maar ook moet gee.²⁴ Binne die raamwerk van 'n waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg beteken dit dan ook dat sekere waardes nie net beskerm moet word nie, maar ook aktief bevorder moet word.²⁵

'n Waarde-aktiverende paradigma is dus onlosmaaklik verbind aan 'n teleologiese (waarde-samehangende of *value-coherent*)²⁶ uitlegmetodiek. Deur middel van teleologiese uitleg word die oogmerke en doelstellings van owerheidsoptrede met die fundamentele grondwetlike waardes geharmonieer. In die proses word individue en

²⁰Sien bv Van der Walt JWG 'Squaring up to the difficulty of life: hermeneutic and deconstructive considerations concerning positivism and the rule of law in a future South Africa' (1992) *Stell LR* 231 245 tav die kontras tussen *the bright and the dark side* van die liberale regsïdee.

²¹Wiechers M 'Administrative law and the benefactor state' in Bennett, Cockrell, Jooste, Keightley & Murray (reds) (1993) *Administrative law reform* 248-262. Van Eikema Hommes (1978) 52 beskryf die 'sosiale regstaat' as volg:

'Met ander woorde de "sociale staat" ligt inderdaad op die administratiefrechtelijke vlak en moet zich geheel ontfouwen binnen het kader van de rechtsstaat in materiële zin.'

²²Wiechers (1993) 250. Sien ook Cappelletti M (1989) *The judicial process in comparative perspective* 15, wat meen dat die staat nie net 'n *night watchman* is nie, maar het dit ook 'n sosiale voorsienende (*promotional*) funksie het om te vervul.

²³Henning PJ van R 'Die administratiewe staat' (1968) *THRHR* 8ff.

²⁴Stern (1981) 246 noem dit die *distributive state*, en Durham (1993) 44-45 verwys daarna as die *affirmative state*.

²⁵Hierdie proefskrif is nie gemoeid met die praktiese implikasies van *affirmative action* en ander sosiale opheffingsprogramme nie, want dit is primêr 'n owerheidsfunksie.

²⁶Devenish (1992) 39-48 beskryf teleologiese uitleg as *value-coherent*. Sien ook Van der Vyver (1989) 179 en Devenish (1995) 251 in dié verband.

gemeenskappe se waardes volgens die standarde van geregtigheid en billikheid gemaksimeer.²⁷ Hierdie proses impliseer 'n sensitiwiteit vir en bewuswording van die fundamentele grondwetlike waardes: **Wilson**²⁸ noem dit *dignity enhancement*, terwyl **Kruger**²⁹ daarna verwys as 'n proses *to enhance the human rights dispensation*. Waarde-aktiverende grondwetuitleg omvat egter meer as net die bevordering van die fundamentele waardes: dit behels ook 'n vasstellende en toekomsgerigte, aanwysende funksie.³⁰ **Van der Vyver**³¹ wys op hierdie *standard-setting function of the legal idea*, terwyl **Stern**³² dit ook koppel aan 'n *standard-setting democracy*, wat op fundamentele grondwetlike waardes gebaseer is.

Regter Friedman het in *Baloro v University of Bophuthatswana*³³ nie net fundamentele grondwetlike waardes as 'n riglyn tydens grondwetlike toetsing beskou nie, maar dit ook duidelik gestel dat die regbank aktief by die vestiging van waardes in die regsorde betrokke moet wees:

This Constitution has a dynamic tension because *its aims and purport are to metamorphose South African society* in accordance with the aims and objects of the Constitution. In this regard it cannot be viewed as an inert and stagnant document. It has its own inner dynamism, and *the Courts are charged with effecting and generating changes*.³⁴

Die bevordering van die grondwetlike waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing stut beteken ook dat daardie waardes ontwikkel (*develop*), ondersteun en laat vorder (*further en advance*) moet word; asook versprei (*propagate*), aangehelp (*expedite*) en 'vergemaklik' (*facilitate*) moet word.³⁵

Waarde-aktiverende grondwetuitleg gaan dus primêr oor 'n aktiewe en positiewe

²⁷Sien ook **Van Zyl** (1988) 272ff tav die oorvleuelende betekenisse van geregtigheid en billikheid.

²⁸**Wilson** (1988) 383; **Manfredi** (1992) 231.

²⁹**Kruger** (1995b) 1.

³⁰**Golding MP** 'Principled decision-making and the Supreme Court' (1963) 63 *Columbia LR* 35 48-49 beskryf dit as die *affirmation of various values ... written in the Constitution*.

³¹**Van der Vyver** (1989) 174.

³²**Stern** (1981) 243.

³³[Nt 13 hierbo].

³⁴Op 241B van die verslag (my kursivering).

³⁵Op 244D-G van die verslag.

bevordering en uitbouing van die fundamentele grondwetlike waardes. **Woolman**³⁶ gebruik *animate* om na 'aktivering' te verwys; **McWhinney**³⁷ beskryf hierdie *law-in-action* as *affirmative judicial review*; **Rostow**³⁸ verwys daarna as 'n *affirmative theory of constitutional law, animated by the purposes and values of modern democracy*; **Cappelletti**³⁹ omskryf dit as *effectuating values*; en **Du Plessis** beskryf gelykheid, vryheid en menswaardigheid as 'rigtinggewende kernwaardes'.⁴⁰ Kortom, die sirkel is nou voltooi: die materiële (substantiewe) komponent van die regstaat móét deur die regbank geaktiveer en gekonkretiseer word.

6.3 GRENSE VAN WAARDE-AKTIVERENDE GRONDWETUITLEG

Hierdie paradigma is gebaseer op 'n groter bewuswording van die fundamentele waardes as oorhoofse rigsgnoer gedurende grondwetuitleg. Met ander woorde, dit wil voorkom of doeldienende uitleg, sogenaamde *two stage approaches*, ensovoorts, toegepas word met 'n terloopse waardegerigte retoriek daarná as blote kniebuiging aan die waardes wat die Grondwet onderlê. Alle betekenis, beperkings en interpretasies behoort binne die oorkoepelende waarderaamwerk plaas te vind. Waarde-aktiverende grondwetuitleg is nietemin bloot 'n paradigma (raamwerk of *Leitmotiv*), en nie 'n omvattende, gedetailleerde bloudruk met stap vir stap grondwetlike antwoorde nie.

Aldus **Du Plessis**:

Constitutional interpretation is an intricate process. It is no linear succession of obligatory procedures. No single method of reading the text is therefore sovereign or can be 'proved' to be 'the correct' one. Constitutional (and, indeed, statutory) interpretation is a disciplined art which actuates well-tried guidelines of understanding and application to concretise a reality modelled on the exigencies of an authoritative text as programmatic point of departure.⁴¹

³⁶**Woolman** (1994) 60.

³⁷**McWhinney** (1986) 167.

³⁸**Rostow** (1962) 306.

³⁹**Cappelletti** (1989) 29.

⁴⁰**Du Plessis** (1996b) 4. Sien ook **Woolman** (1996) 116-117:

'[T]he value-based approach is also consistent with the notion that a "unity of values" underlie both the rights-infringement determination and the limitation-justification analysis. That is, according to the language of ss 35 and 33, both inquiries are driven by the same desire to serve the four values underlying the whole constitutional enterprise: openness, democracy, freedom and equality.'

⁴¹**Du Plessis** (1996c) 221.

Praktiese oplossings sal telkens in die lig van die feite van elke geval, veranderende omstandighede en die grondwetlike dinamiek gevind moet word. Hierdie paradigma stel net die ruimte voor waarbinne die ander metodes van grondwetuitleg gebruik moet word; of anders gestel, grondwetuitleg moet binne die waarderaamwerk van die materiële regstaat plaasvind.

Dat 'n pleidooi vir 'n waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg tot vrese vir ongebreidelde en 'vryswewende' en lukrake (*free-floating*) grondwetuitleg⁴² aanleiding sal gee,⁴³ is te verwagte. In hierdie opsig weerspieël regter Sachs se waarskuwing in *Du Plessis v De Klerk*⁴⁴ die korrekte en veel meer gebalanseerde uitgangspunt:

The Constitution contemplates a democracy functioning within a constitutional framework, not a dikastocracy within which Parliament has certain residual powers. The role of the courts is not effectively to usurp the functions of the legislature, but to scrutinize the acts of the legislature. It should not establish new, positive rights and remedies on its own. The function of the courts, I believe, is, in the first place, to ensure that legislation does not violate fundamental rights, secondly, to interpret legislation in a manner that furthers the values expressed in the Constitution, and, thirdly, to ensure that common law and custom outside of the legislative sphere is developed in such a manner as to harmonise with the Constitution. In this way, the appropriate balance between the legislature and the judiciary is maintained.

Om hierdie balans te handhaaf, is waarde-aktiverende grondwetuitleg ook aan sekere beperkings onderhewig. Hierdie is nie 'n lukrake oefening nie, want die waardes is in die grondwet gepositieer. Regter Tanaka het dit só in die 1966-SWA-saak gestel:

We cannot deny the possibility of some degree of creative element in ... judicial activities. What is not permitted to judges, is to establish law independently of an existing legal system, institution or norm.⁴⁵

⁴²Van Dijkhorst R in *De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T) 45J/46A-B.

⁴³Sien oa **Visser** (1995) 745ff se besware teen die grondwetlike 'aanval' op die privaatregtelike 'heilighdom'. Hierdie standpunt weerspieël 'n totale wanvoorstelling van en gebrek aan insig in regstaatlikheid en grondwetuitleg: 'n oppermagtige grondwet stel die standaard waaraan alles en almal in die regsorde moet voldoen, selfs die privaatreë. As dit nie die toets slaag nie, is dit ongrondwetlik en moet dit verander. Die Suid-Afrikaanse inheemse reg kan ook 'n soortgelyke grondwetlike 'aanval' verwag, en tradisionele leiers het reeds gevra dat die inheemse reg (tenminste vir 'n tydperk) van die uitwerking van fundamentele regte vrygestel word. Ook dit dui op 'n wanbegrip oor 'n oppermagtige grondwet: dit wat nie aan die grondwetlike maatstawwe en standaard voldoen nie, moet verwyder word. Dit geld vir die hele regsorde: inheemse reg, privaatreë, ens. Sien ook **Van der Walt AJ** (1993) 96 se verwysing na apartheid as 'n kanker wat uit die gemeenereg gesny moet word.

⁴⁴1996 5 BCLR 658 (CC) para 181.

⁴⁵*South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa) Second Phase* ICJ Reports (1966) 6 277 (soos aangehaal in **Hahlo & Kahn** (1973) 306).

Met ander woorde, daar moet 'n balans tussen teks en konteks wees, of soos dit in die Duitse reg gestel word, 'n holistiese logies-teleologiese samehang.

Afgesien daarvan dat die balansering en afweging van kompeterende waardes en belange (oa *Verfassungskonforme auslegung*, die wisselwerkingbeginsel, *internal modifiers*⁴⁶ en die proporsionaliteitsbeginsel (*Verhältnismässigkeit*)) faktore is wat meehelp om waarde-aktiverende grondwetuitleg te begrens, is daar nietemin drie ander beperkings wat oorsigtelik bespreek moet word: grondwetlike *stare decisis*, die rol van die openbare mening en politieke beleidskwessies.

○ **Grondwetlike *stare decisis*?**

In *Certification of the Republic of South Africa Constitution 1996*⁴⁷ is aanbeveel dat ander howe in die toekoms die Konstitusionele Hof se uitleg van die betrokke bepalings van die 1996-Grondwet as korrek moet aanvaar, tensy *compelling circumstances* 'n ander uitleg sou noodsaak. In beginsel is dit juis, want die Grondwetlike Beginsels in die 1993-Grondwet sal nie met die inwerkingtreding van die 1996-Grondwet verval nie: hulle sal steeds in die toekoms (veral by grondwetwysigings) 'n deurslaggewende rol speel. Dit moet nietemin in gedagte gehou word dat hierdie beginsels ook vir dinamiese uitleg ontvanklik sal wees.⁴⁸ Nogtans het die Konstitusionele Hof se aanbeveling weer eens die aandag op die vraagstuk van grondwetlike *stare decisis* gevestig. Enersyds is dit 'n erkende beginsel van die Suid-Afrikaanse reg dat howe aan hoër beslissings gebonde is,⁴⁹ en slegs van hulle eie beslissings sal afwyk indien dit ooglopend verkeerd is. Dat die presedenteleer dus 'n beperking op waarde-aktiverende grondwetuitleg

⁴⁶Sien by **Carpenter G** 'Internal modifiers and other qualifications in bills of rights - some problems of interpretation' (1995) *SAPR/PL* 260ff tav die verskillende beperkings op die inhoud en trefwydte van fundamentele regte.

⁴⁷1996 10 BCLR 1 (CC) para 43.

⁴⁸In die *Certification*-saak (para 46) is dit nietemin beklemtoon dat die grondwetlike beginsels in die 1993-Grondwet nie met *technical rigidity* uitgelê moet word nie, aangesien hulle 'breë grondwetlike hale op die doek' van toekomstige grondwetskepping is.

⁴⁹Art 98(4) van die 1993-Grondwet bepaal dat alle persone, en alle wetgewende, uitvoerende en reg-sprekende staatsorgane deur 'n beslissing van die Konstitusionele Hof gebind is. Wat die 1996-Grondwet betref, moet art 167(3)(a), wat bepaal dat die Konstitusionele Hof die hoogste grondwetlike hof is, saamgelees word met art 165(5), wat bepaal dat 'n beslissing of bevel van 'n hof alle persone en staatsorgane waarop dit van toepassing is, bind.

plaas, is nie te betwyfel nie. Andersyds is grondwetlike *stare decisis*, wat die Konstitusionele Hof betref, 'n netelige kwessie, want 'n meganiese en slaafse navolging van vorige beslissings mag meebring dat die dinamiese aard van grondwetuitleg, veral wat die normvae (*open-ended*) fundamentele waardes betref, in die proses uit die oog verloor word. Omstandighede gaan verander, en die Konstitusionele Hof sal ook 'n verwisseling van regters ondervind: met ander woorde, bestaande beslissings sal een of ander tyd onder die soeklig kom.⁵⁰ Regter Fleming se ortodokse standpunt oor *stare decisis* in *Weilbach v Grobler*⁵¹ kan nouliks op 'n fundamentele regtebedeling en waarde-aktiverende grondwetuitleg van toepassing gemaak word:

Ek aanvaar met graagte dat totdat die *stare decisis*-beginsel amptelik dood verklaar is, hierdie hof moet bly by beslissings van, onder andere, die appèlafdeling en nie met beroep van die 'viriliteit' van die regstelsel in effek 'n eie siening omtrent billikheid in die plek stel van die kollektiewe siening van jare se voorgangers wat in regsreëls en beslissings vervat is nie. In die algemeen en ook met betrekking tot die inhoud van algemene beginsels oor die 'beginsels' van verryking, sou ek die woorde van Gardiner R in *Urtel v Jacobs* 1920 CPD 487 te 494 aanpas en aanvaar dat 'the judge should (not) apply some idea of natural justice, where provision has already been made by principles of law. I do not sit here as a dispenser of generosity, a deviser of equity or an abrogator of established principles of law'.

Met verwysing na Amerikaanse regspraak meen **Rycroft**⁵² dat die Konstitusionele Hof deur middel van spesiale regverdiging (*special justification*) wel van die *stare decisis*-reël sal kan afwyk. Hy noem dan ook, in die lig van die Amerikaanse ondervinding, 'n aantal faktore wat ondersoek behoort te word alvorens die hof van 'n vorige beslissing afwyk: is 'n neergelegde beginsel steeds prakties werkbaar?; is die bestaande beginsel reeds so in die regsorde verweef dat daar in groot mate daarop staatgemaak word?; het verwante regsreëls reeds so ontwikkel dat die bestaande reël ooglopend by 'n denkrigting wat in onbruik verval het, tuishoort?; het die feite en omstandighede reeds so verander dat die bestaande reël nie meer daarop van toepassing is nie?; bots die nuutste gesag met 'n vroeëre, maar inherent beter, leerstuk?; en, is die heersende gesag 'n struikelblok vir die bereiking van oogmerke wat in ander wetgewing vervat is?⁵³

⁵⁰Die regters van die Konstitusionele Hof word vir nie-hernubare tydperke aangestel (sewe jaar ig arts 97(2)(b) en 99(1) van die 1993-Grondwet, en twaalf jaar ig art 176(1) van die 1996-Grondwet).

⁵¹1982 2 SA 15 (O) 22E-F

⁵²**Rycroft A** 'The doctrine of *stare decisis* in Constitutional Court cases' (1995) *SAJHR* 857ff.

⁵³Lg aspek moet bevraagteken word: indien 'n beslissing op die Grondwet gebaseer is, kan die belangrikheid van ander wetgewingsoogmerke nie 'n rol speel nie, want die Grondwet is die hoogste regsnorm, en word nie deur ander wetgewing gekwalifiseer nie.

Peters⁵⁴ onderskei tussen twee sienswyses ten gunste van *stare decisis*: volgens die een word *stare decisis* genoodsaak deur faktore soos voorspelbaarheid, stabiliteit,⁵⁵ effektiwiteit en die handhawing van die verdeling van staatsgesag, aangesien dit die funksie van die regbank onder bedwang hou; en die tweede standpunt, wat bloot argumenteer dat 'n vorige beslissing gevolg moet word omdat regsprekende konsekwentheid op sigself 'n onafhanklike regverdiging is. Daarenteen meen hy dat dit belangrik is om die 'regte beslissing' te bereik, ongeag of dit voorspelbaarheid of legitimiteit in die hand werk. Die presedenteleer moet funksioneel en pragmaties benader word, dit wil sê, die *stare decisis*-vereiste moet telkens aan die eise van geregtigheid, ondervinding en gesonde verstand (*common sense*) onderwerp word.

In 'n sekere sin is grondwetlike *stare decisis* onontbeerlik vir die legitimiteit van grondwetlike toetsing (beide wat die sg *countermajoritarian*-argument en die openbare mening betref), want dit verseker dat veranderinge, regterlike regsvorming en waardeoordele nie oorhaastig en arbitrêr gemaak word nie, maar slegs na verantwoordelike beredenering met inagneming van die regbank se institusionele funksie plaasvind. Dit verseker dat soortgelyke gevalle op dieselfde wyse hanteer word, en dat die regters op die kennis van hulle voorgangers kan staatmaak. Aan die ander kant moet daarteen gewaak word dat dit nie die natuurlike dinamiek van die grondwetlike jurisprudensie vertraag en in die wiele ry nie. Gevolglik behoort grondwetlike *stare decisis* slegs as oorredende getuieenis gebruik te word.

○ **Openbare mening**

Waarde-aktiverende grondwetuitleg as 'n *standard-setting exercise* impliseer dat die regbank vooruit moet loop om die regsorde en die gemeenskap na die ideale waardes te lei.⁵⁶ Wat algemene legitimiteit betref, is hierdie taak 'n tweesnydende swaard: indien

⁵⁴**Peters CJ** 'Foolish consistency: on equality, integrity, and justice in *stare decisis* (1996) 105 *Yale LJ* 2031ff. Sien ook **Yoshino K** 'What's past is prologue: precedent in literature and law' (1994) 104 *Yale LJ* 471ff vir 'n bespreking van *stare decisis* uit die oogpunt van die *law-and-literature*-beweging.

⁵⁵**Baade HW** 'Time and meaning: notes on the intertemporal law of statutory construction and constitutional interpretation' (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 319 339 meen dat presedente stabiliteit deur middel van tradisie verkry, maar aangesien tradisie self ook deur ander faktore beïnvloed word, is presedente se stabiliteit ook nie permanent nie.

⁵⁶Sien **Villa-Vicencio C** 'Whither South-Africa?: constitutionalism and law-making' (1991) 40 *Emory LJ* 141 142, wat hierna verwys as 'n *positive incentive which draws society forward to greater possibilities*.

die hof te vinnig vooruit beweeg en die gemeenskap 'agterlaat', kan die staatsvolk vertroue in die regbank verloor. Aan die ander kant het die regbank te make met die 'druk van onder'-sindroom om aan veranderende eise en omstandighede (*beyond original expectations*) te voldoen:⁵⁷ die hof moet dus gevoelig wees vir die openbare mening. Maar op watter stadium verander 'gevoeligheid' in beïnvloeding?

Die rol en invloed van die openbare mening is breedvoerig deur die Konstitusionele Hof in *S v Makwanyane*⁵⁸ (waar fundamentele waardes en die openbare mening tav die afskaffing van die doodstraf pertinent ter sprake gekom het) bespreek: die President van die hof, regter Chaskalson, het daarop gewys dat dit nie gaan oor wat die meerderheid mense dink nie, maar wat die Grondwet sê,⁵⁹ terwyl regter Mokgoro dit duidelik gestel het dat die grondwetlikheid van die doodstraf ter sprake was, nie 'n debat oor die wenslikheid daarvan nie.⁶⁰ Feitlik al die regters het na die openbare mening verwys,⁶¹ en almal was dit eens dat sou die hof deur die openbare mening gelei word, dit maar net 'n terugkeer na parlementêre soewereiniteit in 'n ander vorm sou wees.

Tog kan die openbare mening nie eenvoudig tydens waarde-aktiverende grondwetuitleg geïgnoreer word nie, want fundamentele waardes het op mense se regte en aspirasies betrekking: 'n grondwet is tog die *mirror reflecting the national soul*.⁶² Zlotnick⁶³ is daarom van mening dat die openbare mening wel 'n rol by grondwetuitleg kan speel, mits dit met internasionaal-aanvaarde waardes en norme ooreenstem.⁶⁴

Carpenter⁶⁵ bespreek die uiters komplekse balans tussen grondwetuitleg, fundamentele waardes en die openbare mening. Sy wys daarop dat legitimiteit onder andere deur 'n subjektiewe element onderlê word, waarin ook die openbare mening 'n rol speel.

⁵⁷Eskridge (1994). Sien ook hfst 3 hierbo.

⁵⁸1995 3 SA 391 (CC).

⁵⁹Paras 87-88 van die verslag.

⁶⁰Para 305 van die verslag.

⁶¹Sien hfst 4 hierbo.

⁶²WnR Mahomed in *S v Acheson* 1991 2 SA 805 (NmHC) 813B.

⁶³Zlotnick M 'The death penalty and public opinion: *S v Makwanyane*' (1996) *SAJHR* 70 75.

⁶⁴In beginsel stem dit ooreen met waarnemende AR Mahomed se standpunt in *Ex Parte Attorney-General, Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of the State* 1991 3 SA 76 (NmHC) 86J dat die *emerging consensus of values in the civilised international community* in ag geneem moet word.

⁶⁵Carpenter G 'Public opinion, the judiciary and legitimacy' (1996) *SAPR/PL* 110ff.

Met verwysing na *Makwanyane* is dit dus duidelik dat die regbank nie deur die openbare mening beïnvloed moet word nie. Nietemin is dit ook waar dat openbare opvattinge oor die regsorde nie soseer op juridiese beredenerings gebaseer word nie, maar op gevolge en resultate van regsprosedure. Dit is juis hier waar die teenstrydigheid na vore kom: enersyds weerspieël die Grondwet die waardes en aspirasies van die gemeenskap, maar andersyds behoort die openbare mening nie 'n rol by grondwetuitleg te speel nie. Tog moet die regbank nie net bewus wees van gemeenskapswaardes nie, maar daardie waardes moet ook verwoord en gehandhaaf word! Sy verwys na **Braithwaite**,⁶⁶ wat 'n onderskeid tref tussen gemeenskapswaardes en gemeenskapsopvattinge: 'n waarde word omskryf as 'n standaard wat bepaalde situasies transendeer, en daarom op uiteindelijke oogmerke en doelstellings gemik is; opvattinge, daarenteen, verwys na wisselende opinies oor bepaalde aangeleenthede. Die openbare mening is dus eerder 'n weerspieëling van gemeenskapsopvattinge as gemeenskapswaardes. Alhoewel die hoër nie daardeur beïnvloed mag word nie, speel die openbare mening tog 'n belangrike rol by grondwetuitleg, aangesien dit in noue verband met openbare vertroue in die regstelsel staan. Gevolglik het grondwetuitleg ook te make met die komplekse wisselwerking⁶⁷ tussen die openbare mening en openbare vertroue, waardes en opvattinge, verteenwoordiging en gelykheid, demokrasie en deursigtigheid, benaderings en die politieke werklikhede.

Die invloed van die openbare mening op grondwetuitleg is nietemin 'n ingewikkelde aspek wat nie hier volledig bespreek kan word nie. Dit is egter duidelik dat die openbare mening ook 'n beperkende invloed op waarde-aktiverende grondwetuitleg kan uitoefen.

○ **Beleidsaspekte**⁶⁸

Die *countermajoritarian*-argument en vrese vir 'n 'dikastokrasie' is deurlopende temas rondom grondwetlike toetsing en grondwetuitleg, veral wat politieke- en beleidsaspekte

⁶⁶**Braithwaite J** 'Community values and Australian jurisprudence' (1995) *Sydney LR* 351ff.

⁶⁷Vgl ook **Kruger** (1991d) 294-295 se bespreking van die *Corporal Punishment*-beslissing (veral tav die gebruik van waardes en ander 'juridies-gekwalfiseerde' ekstratekstuele faktore by grondwetuitleg). Sien ook **Kruger** (1991a) 237 tav die 'ongeskrewe teks' (oa die breë konteks van die Grondwet) en **Kruger** (1995b) 12-13 tav waarde-afleidings dmv intra- en ekstratekstuele kontekstualisering.

⁶⁸Sien veral **Abella RS** 'Public policy and the judicial role' (1989) 34 *McGill LJ* 1021ff vir 'n bespreking van die vraagstukke rondom die regbank en beleidsaspekte.

betref. Die tradisionele standpunt (in 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit) is dat die howe die reg moet uitleë, en nie moet skep nie. Beleidsaspekte is dus buite perke vir die regbank. Onder 'n oppermagtige grondwet moet die howe egter wel wetgewing en owerheidsoptrede aan die hand van 'n oppermagtige grondwet toets. Dit is egter hier waar die probleem ontstaan: wanneer oortree die regbank op die terrein van die wetgewer en die uitvoerende gesag ten aansien van beleidsbesluite? Waar is die skeidslyn tussen die reg en die politiek?

As algemene riglyn meen **Eskridge** dat grondwetlike toetsing nie die wetgewer se funksies moet lamlê nie, oftewel, die regbank moenie buite die grondwetgegewe institusionele raamwerk (*against original expectations*) optree nie. Dit vorm die tweede komponent van die tweeledige druk op die regbank. Openbare mening en -aspirasies, private instansies en drukgroepe vorm die 'druk van onder', terwyl die wetgewer, uitvoerende gesag en ander implementeerders van openbare beleid (wat verwag dat die regbank nie by beleidsaspekte betrokke sal raak nie), die 'druk van bo' vorm.⁶⁹

Dit gaan dus hier oor die ou argument dat die regbank nie die wetgewer se beleidsoogmerke moet vooruitskat (*second guess*) nie. Met ander woorde, moet sekere vraagstukke aan die wetgewer oorgelaat word (*deference to the legislature*), aangesien politieke instansies 'n beter begrip van politieke eise en beleidsaspekte sou hê?⁷⁰ Dit moet egter in gedagte gehou word dat grondwetlike toetsing 'n duidelike 'politieke' dimensie het. **Du Plessis & De Ville** verduidelik dat 'n fundamentele regtebedeling nie net die politiek onder die reg geplaas het nie, maar dat die regbank noodwendig ook gepolitiseer word:

[A] bill of rights judicialises politics, because it requires the judiciary to act as an independent referee who keeps (party) political actors to the basic 'rules of the (political) game' enshrined in the bill of rights. This in turn calls for political skills on the part of the 'referee' itself - a *politicisation of the judiciary* in other words.⁷¹

⁶⁹**Eskridge** (1994).

⁷⁰Die *deference to the legislature*-beginsel stem met die *margin of appreciation*-leerstuk ooreen, ingevolge waarvan die Europese Hof vir Menseregte die nasionale wetgewers 'n *margin of appreciation* tot sekere beleidsaspekte toelaat, omdat dié wetgewers beter vertrouwd is met die eiesoortige behoeftes en omstandighede. Sien oa **Woolman** (1994) 75-76 en **Beatty** (1990) 117 (en die bronne in albei vermeld) hieroor.

⁷¹**Du Plessis & De Ville** (1993a) 81. Sien ook **Lamer** (1994) 582 vir 'n soortgelyke standpunt.

Indien beleidsaspekte dus op 'n skending van fundamentele regte en waardes neerkom, het die hof 'n plig om in te gryp en hulle ongrondwetlik te verklaar. Hierdie optrede van die hof is dan nie 'aktivisties' en politieke *second guessing* nie: indien die owerheidsoptrede die grondwetlike waardedrumpel oorsteek, is dit nie meer 'n suiwer 'politieke' beleidsaspek nie, maar 'n materiële vraagstuk, waar fundamentele regte en waarde-oordele noodwendig ter sprake moet kom.⁷² **Wright** onderskei tussen waarde-oordele en beleidskeuses, en wys daarop dat die belangrikste waardekeuses reeds deur die opstellers in die grondwet gepositieer is. Waarde-oordele moet dus binne die raamwerk van hierdie grondwetlik-gepositieerde waardes gemaak word.⁷³ **Corder** het dit as volg gestel:

Constitutional interpretation requires creativity, tact, imagination, sensitivity and a resolute willingness not only to be independent from and impartial towards vested and competing interests and value-systems but also to make hard political choices, which the legislature and executive are often loath to make.⁷⁴

Die regbank se 'politieke' rol word nogtans deur een van die materiële regstaat se ander kernwaardes, naamlik die wesensaard van die demokrasie, gebalanseer. Die regstaat het nie net met waardes te doen nie, maar sluit ook sekere kruiskontroles (*checks and balances*) in, wat ook op die howe van toepassing is. Die kruiskontroles impliseer 'n belangrike beperking op die regbank: die howe moet ook die fundamentele aard van die demokrasie bewaar. Gedurende waarde-aktiverende grondwetuitleg mag die hof nie die populêre demokrasie so wegvreet dat een van die ander belangrike waardes van die regstaat in die proses vertrap word nie. Waar appèlregter Schreiner juis in sy minderheidsuitspraak in *Collins v Minister of the Interior*⁷⁵ teen die wetgewer se aanslag op een van die kernwaardes van 'n demokratiese orde gewaarsku het, is dit ook 'n drumpel wat die regbank nie mag oorsteek nie.

⁷²Sien ook **Botha CJ** (1994) 263:

'If judicial activism and a politicised court signify a judiciary aggressively upholding the Constitution as *lex fundamentalis* and protecting fundamental rights, this will by definition be what constitutional interpretation and judicial review is all about. In other words: if it is contained in a supreme Constitution, it is justiciable.'

⁷³**Wright JS** 'Professor Bickel, the scholarly tradition, and the Supreme Court' (1971) 84 *Harvard LR* 769 784-785.

⁷⁴'n Privaatvoorlegging deur prof Hugh Corder, 'n lid van een van die tegniese komitees, aan die Grondwetlike Vergadering (aangehaal in **Du Plessis & De Ville** (1993c) 392).

⁷⁵[Nt 1 hierbo].

Aangesien die regbank nie 'n demokraties-verkose instelling is nie, speel die howe se verantwoordelikheid aan en verantwoordbaarheid in die regstaat 'n belangrike rol. **Froneman**⁷⁶ wys daarop dat regsprekers op drie vlakke aanspreeklik en verantwoordelik (*accountable*) is vir hulle optrede: eerstens, persoonlike aanspreeklikheid, want hulle moet persoonlike morele verantwoordelikheid neem vir hulle bevindings; tweedens, formele verantwoordelikheid, wat uit die institusionele kontroles oor die regbank wat in die Grondwet en ander wetgewing aangetref word, bestaan; en derdens, substantiewe verantwoordelikheid, wat daaruit bestaan dat hofbeslissings blootgestel is aan openbare bespreking en akademiese kritiek.⁷⁷

Wat die skeiding van owerheidsmagte betref, wys **Feliciano**⁷⁸ daarop dat grondwetlike toetsing onontbeerlik is vir die handhawing en afdwinging van die balansering van magte en bevoegdhede, en identifiseer sekere rigtingwysers deur die politieke ruigte (*political thicket*).⁷⁹ die regters se skerpheid en helderheid (*clarity*) van visie ten aansien van hulle grondwetlike funksie; hulle verbintenis (*commitment*) tot fundamentele waardes en regte; hulle vermoë om bedreigings van daardie regte en waardes te identifiseer; die oorredende krag van hulle uitsprake, asook die beredenerings (*reasoning*) wat sulke uitsprake ondersteun; en die vermoë van die regbank om die respek van die gemeenskap te behou.

Hierdie oorsig het nie die problematiek van, byvoorbeeld die openbare mening en grondwetuitleg, ten volle ondersoek, of opgelos nie. Dit het bloot die aandag op 'n aantal kruiskontroles van waarde-aktiverende grondwetuitleg gevestig.

⁷⁶**Froneman** (1996). Sien ook **Cameron E** 'Judicial accountability in South Africa' (1990) *SAJHR* 251 ff; **Nicholson RD** 'Judicial independence and accountability: can they co-exist?' (1993) *Australian LJ* 404 ff en **Hlophe J** 'The role of judges in a transformed South Africa - problems, challenges and prospects' (1995) *SALJ* 22 ff vir 'n bespreking van dieselfde aspekte.

⁷⁷Sien verder **Du Plessis** (1996c) 214 ff se bespreking van die sg 'oop gemeenskap van grondwet-uitleggers' in dié verband.

⁷⁸**Feliciano FP** 'The application of law: some recurring aspects of the process of judicial review and decision making' (1992) 37 *American Journal of Jurisprudence* 17 23-30

⁷⁹Sien in hierdie verband die opmerkings van Mahomed R in *S v Makwanyane* [nt 58 hierbo] para 266 tav die regsproses, politieke faktore en die openbare mening.

6.4 FINALE SAMEVATTING

Hierdie proefskrif is op die 'liberale regsídee' en die materiële regstaat gebaseer. Regter Ackermann het hierdie grondslae só in *S v Makwanyane*⁸⁰ saamgevat:

In reaction to our past, the concept and values of the constitutional state, of the '*regstaat*', and the constitutional right to equality before the law are deeply foundational to the creation of the 'new order, referred to in the preamble.⁸¹

Aanhangers van die *Critical Legal Studies*-beweging⁸² staan egter besonder krities teenoor die 'liberale regsídee', en beweer dat sogenaamde *rights rhetoric* net gebruik word om die politieke *status quo* en bestaande voorregte te verskans:

[T]he rich historical tapestry of the Rule of Law has been loosely connected by a strong liberal thread: it has been used as a seductive slogan in the struggle to establish or preserve individual liberty and action. On many occasions, this appeal to liberty has amounted to nothing more than moralistic window-dressing for otherwise naked attempts to seize political power, a rhetorical gambit in a continuing power-play.⁸³

As ons (as aanhangers van die materiële regstaat) nie skuldig wil wees aan CLS se aantygings dat ons besig is met *rights rhetoric* en lippediens nie, en die *moral high ground* wil terugwen, sal die regbank meer 'aktivisties'⁸⁴ met fundamentele grondwetlike waardes by grondwetuitleg moet omgaan.

Sedert die inwerkingtreding van die oppermagtige Grondwet in 1994, word daar met gereelde reëlmaat in regspraak en -literatuur na fundamentele waardes verwys. Soms wil dit voorkom asof die grondwetlike waardes net as die gebruikelike normatiewe tooisel gebruik word (*value rhetoric*), sonder om dit as materiële riglyn by grondwetuitleg te gebruik. Juis dáárom is 'n waarde-aktiverende paradigma noodsaaklik. Vir juriste geskool in die regspositivisme mag dit radikaal klink, maar die grondslae daarvan bestaan reeds: die normatiewe lyn moet net deurgetrek word.

⁸⁰[Nt 58 hierbo].

⁸¹Op para 156 van die verslag.

⁸²Sien veral hfst 3 hierbo.

⁸³**Hutchinson AC & Monahan P** 'Democracy and the rule of law' in Hutchinson & Monahan (reds) (1987) *The rule of law: ideal or ideology* 99.

⁸⁴Sien ook **Basson & Viljoen** (1988) 11-12 tav van die 'aktivistiese aktualisering' van grondwetlike waardes.

Die vestiging van 'n fundamentele regtekultuur in Suid-Afrika is nog 'n regverdiging vir 'n breë, oorhoofse waarde-aktiverende uitgangspunt. Die nuus word deesdae oorheers deur nuwe onthullings oor skendings van fundamentele regte in die verlede. Al hierdie vergrype (deur alle partye tot die konflik) soos halssnoermoorde, 'Derde Mag'-bedrywighede, ensovoorts, is met ideologiese en politieke argumente geregverdig. In die proses is die Westers-demokratiese waardes, asook inheemse waardestelsels soos *ubuntu*⁸⁵ genegeer. Kortom, van 'n *rights culture* in Suid-Afrika is daar nog nie sprake nie. Jare gelede het **Wiechers**⁸⁶ die stelling gemaak dat Suid-Afrika ryk is aan staatsreg, maar arm is aan grondwetlike teorie. By wyse van analogie kan daar gesê word dat Suid-Afrika ryk is aan grondwetlike waardes, maar steeds arm is aan 'n waarde-aktiverende paradigma van grondwetuitleg en grondwetlike jurisprudentie.⁸⁷

Suid-Afrika het 'n keuse ten gunste van 'n materiële regstaat uitgeoefen, wat deur uitdruklike en 'ongeskrewe' fundamentele waardes gestut word. Hierdie waardes moet nou 'aktivisties' gevestig en bevestig word. Regerings en politieke partye is nie juis daarvoor bekend dat hulle waardebaseerde standaarde aktiveer nie. Hierdie funksie is uitdruklik in die Grondwet aan die regbank opgedra. Om te voorkom dat houe net napraters word, moet hierdie waardes deur middel van grondwetuitleg geaktiveer word.

Grondwetuitleg behels nie net die toepassing en konkretisering van hierdie 'hoër' waardes nie, maar ook die uitbouing en beskerming van die *Wesensgehalt* van die Grondwet as *lex fundamentalis*. Indien daar vir die wetgewer, uitvoerende gesag of openbare mening gewag word om die fundamentele waardes te aktiveer, is dit geen regstaat meer nie:

⁸⁵Sien oa **Heyns** (1996); **Kriegler JC** 'Slotrede' in Van der Westhuizen & Viljoen (reds) (1988) *'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika* 166; **Van der Walt JWG** (1992) 250; en **Du Plessis LM** 'Conceptualising "law" and "justice" (2): just legal institutions in an optimally just society' (1992) *Stell LR* 357 374 vir 'n groter bewuswording van inheemse Afrika-waardestelsels. Dit is egter ironies dat Heyns sy pleidooi by wyse van 'n tipies-Eurosentiese metafoor (nl versnitwyne, oesjare en kultivars) gemaak het.

⁸⁶**Wiechers** (1985b) 383:

'South Afrika is a country rich in constitutional law but extremely poor in constitutional law theory.'

⁸⁷**Cockrell** (1996) 37 verwys na die *absence of a sufficiently rigorous jurisprudence of substantive reasoning*.

Inevitably, a court entrusted with the challenging task of constitutional adjudication is faced with the dilemma of either giving content to ... cryptic and vague rules, concepts and values - obviously a highly creative role - or of conceiving as not binding the very core of the Constitution, ie that part of the Constitution which refers to the basic rights of individuals *vis-à-vis* state power.⁸⁸

Dit is die uitdruklike taak van die regbank om te sê wat die Grondwet beteken. Binne die regstaat beteken dit nie net die identifisering en handhawing van die fundamentele waardes nie, maar ook die inisiëring, vaslegging en aktivering daarvan: dit wil sê, die 'aktivistiese' bevordering daarvan.

In *Qozoleni v Minister of Law and Order*⁸⁹ het regter Froneman gewaarsku dat die deurslaggewende rol wat fundamentele waardes tydens grondwetuitleg behoort te speel, nie uit die oog verloor moet word in 'n poging om 'n 'korrekte' grondwetuitleg-metode te vind nie:

In my view it serves little purpose to characterise the proper approach to constitutional interpretation as liberal, generous, purposive or the like. These labels do not in themselves assist in the interpretation process and carry the danger of introducing concepts or notions associated with them which may not find expression in the Constitution itself. *Far more useful it is to recognise that, because the Constitution is the supreme law of the land against which all law or conduct is to be tested, it must be examined with a view to extracting from it those principles or values against which such law or conduct can be measured.*⁹⁰

Myns insiens is hierdie standpunt korrek. Die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike jurisprudensie kan nie bekostig om (soos in die VSA) in 'n kunsmatige en spitsvondige debat oor benaderings en teorieë te verval nie. Suid-Afrika is 'n materiële regstaat (soos Duitsland en Namibië), en nie 'n dubbelsinnige kompromis tussen grondwetlike toetsing en parlementêre soewereiniteit (soos Kanada) nie. Om die aktivering van fundamentele

⁸⁸Cappelletti (1989) 30.

⁸⁹1994 3 SA 625 (OK).

⁹⁰Op 633G-I van die verslag (my kursivering). Regter Sachs het dieselfde beginsel in *S v Mhlungu* 1995 3 SA 867 (CC) para 127 saamgevat:

'We should not rush to lay down sweeping and inflexible rules governing our mode of analysis. We need to develop an appropriately South African way of dealing with our Constitution, one that starts with the Constitution itself, acknowledges the way it came into being, its language, spirit, style and inner logic, the interests it protects and the painful experiences it guards against, its place in the evolution of our country, our society and legal system, and its existence as part of a global development of constitutionalism and human rights.'

grondwetlike waardes as oorhoofse paradigma vir grondwetuitleg te gebruik, is dus bloot die voldoening aan die vereistes die oppermagtige grondwet. 'n 'Nominale' lippediens is nie genoeg nie, maar die verwerkliking van die fundamentele waardes, ideale en standarde wat die materiële regstaat onderlê, is wel – waarde-aktiverende grondwetuitleg as vergestaltung van die materiële regstaat.

Sakeregister

Administrator, Transvaal v Traub 1989 4 SA 731 (A)

African National Congress (Border Branch) v Chairman, Council of State of the Republic of Ciskei 1992 4 SA 434 (CkGD)

Association of Amusement & Novelty Machine Operators v Minister of Justice 1980 2 SA 636 (A)

Attorney-General, Eastern Cape v Blom 1988 4 SA 645 (A)

Baloro v University of Bophuthatswana 1995 4 SA 197 (B)

Bhyat v Commisioner for Immigration 1932 AD 125

Bloem v State President 1986 4 SA 1064 (O)

Bongopi v Chairman of the Council of State, Ciskei 1992 3 SA 250 (CkGD)

Bonham's Case (1610) 8 Coke's Reports 114

Bowers v Hardwick 478 US 186 (1986)

Brown v Board of Education 347 US 483 (1954)

Bulawayo Municipality v Bulawayo Waterworks Ltd 1915 CPD 435

Bux v Officer Commanding, Pietermaritzburg Prison 1994 4 SA 562 (N)

BVerfGE (1) 14 (1951)

BVerfGE (1) 91 (1951)

BVerfGE (3) 225 (1953)

BVerfGE (6) 32 (1957)

BVerfGE (7) 198 (1958)

BVerfGE (14) 21 (1962)

BVerfGE (19) 206 (1965)

BVerfGE (30) 1 (1970)

BVerfGE (33) 303 (1972)

BVerfGE (34) 269 (1972)

BVerfGE (35) 79 (1973)

BVerfGE (50) 290 (1979)

BVerfGE (65) 182 (1983)

Cabinet for the Territory of South West Africa v Chikane 1989 1 SA 349 (A)

Cabinet of the Transitional Government for Territory of South West Africa v Eins 1988 2 SA 369 (A)

Cabinet for the interim Government of South West Africa v Bessinger 1989 1 SA 618 (SWA)

Case v Minister of Safety and Security; Curtiss v Minister of Safety and Security 1996 3 SA 617 (CC)

Certification of the Republic of South Africa Constitution 1996 1996 10 BCLR 1 (CC)

Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison 1995 4 SA 631 (CC)

Colegrove v Green 328 US 549 (1946)

Collins v Minister of the Interior 1957 1 SA 552 (A)

Cowburn v Nasopie (Edms) Bpk 1980 2 SA 547 (Nk)

Davy v Leeds Corporation [1964] 3 All ER 390

De Klerk v Du Plessis 1995 2 SA 40 (T)

De Villiers v Cape Divisional Council (1875) Buch 50

Diepsloot Residents' and Landowners' Association v Administrator, Transvaal 1994 3 SA 336 (A)

Djama v Government of the Republic of Namibia 1993 1 SA 387 (NmSC)

Dred Scott v Sandford 60 US (19 How) 393 (1865)

Duncan v Cammel Laird [1942] AC 624 (HL)

Du Plessis v De Klerk 1996 1996 3 SA 850 (CC)

During v Boesak 1990 3 SA 661 (A)

Ebrahim v Minister of the Interior 1977 1 SA 665 (A)

Edwards v Attorney-General of Canada [1930] AC 124

Edward Books and Art Ltd v The Queen (1986) 2 SCR 713

Engels v Allied Chemical Manufacturers (Pty) Ltd 1993 4 SA 45 (Nm)

Ensor v Rensco Motors (Pty) Ltd 1981 1 SA 815 (A)

Esselman v Administrateur SWA 1974 2 SA 597 (SWA)

Executive Council, Western Cape Legislature v The President of the Republic of South Africa 1995 4 SA 877 (CC)

Executors of McCorkindale v Bok (1884) 1 SAR 202

Ex Parte Attorney-General, Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of the State 1991 3 SA 76 (NmHC)

Ex Parte Attorney-General: in re The Constitutional Relationship between the Attorney-General and the Prosecutor-General 1995 8 BCLR 1070 (NmSC)

Ex Parte Cabinet for the Interim Government of South West Africa: In re Advisory Opinion in terms of s 19(2) of Proc R101 of 1985 (RSA) 1988 2 SA 832 (SWA)

Ex Parte the Minister of Justice: In re R v Jacobson and Levy 1931 AD 466

Farrar's Estate v CIR 1926 TPD 501

Finbro Furnishers (Pty) Ltd v Registrar of Deeds, Bloemfontein 1985 4 SA 773 (A)

Gardener v Whitaker 1995 2 SA 672 (OK)

Government of the Republic of Bophuthatswana v Segale 1990 1 SA 434 (BA)

Government of the Republic of Namibia v Cultura 2000 1994 1 SA 407 (NmSC)

Government of the Republic of South Africa v 'Sunday Times' Newspaper 1995 2 SA 221 (T)

Griswold v Connecticut 381 US 479 (1965)

Harris v Law Society of the Cape of Good Hope 1917 CPD 449

Harris v Minister of the Interior 1952 2 SA 428 (A)

Hess v The State (1895) 2 OR 112

Hunter v Southam (1985) 11 DLR (4th) 641

Hurley v Minister of Law and Order 1986 3 SA 568 (A)

Inland Revenue Commissioners v Rossminster Ltd [1980] AC 952 (HL)

Interim Government for South West Africa v Katofa 1987 1 SA 695 (A)

In re Willem Kok & Nathaniel Balie 1879 Buch 45

Jaga v Dönges 1950 4 SA 653 (A)

Kalla v The Master 1995 1 SA 261 (T)

Kanhym Bpk v Oudtshoorn Munisipaliteit 1990 3 SA 252 (K)

Kauesa v Minister of Home Affairs 1994 3 BCLR 1 (NmHC)

Khala v Minister of Safety and Security 1994 (4) SA 218 (W)

Kotze en Genis (Edms) Bpk v Potgieter 1995 3 BCLR 349 (K)

Lewis v Minister of Internal Affairs 1991 3 SA 628 (B)

Liversidge v Anderson [1942] AC 206

Lochner v New York 198 US 45 (1905)

Magano v District Magistrate, Johannesburg (1) 1994 4 SA 169 (W)

Marbury v Madison 1 Cranch 137, 5 US 87 (1803)

Matiso v Commander, Port Elizabeth Prison 1994 4 SA 592 (SO)

Merkur Island Shipping v Laughton [1983] All ER 334

Mfolo v Minister of Education, Bophuthatswana 1992 3 SA 181 (B)

Mhlomi v Minister of Defence CCT/29/95

Minister of Home Affairs (Bermuda) v Collins Macdonald Fisher [1980] AC 319 (PC)

Minister of the Interior v Harris 1952 4 SA 769 (A)

Minister of the Interior v Lockhat 1961 2 SA 587 (A)

Minister of Law and Order v Dempsey 1988 3 SA 19 (A)

Mjuqu v Johannesburg City Council 1973 3 SA 421 (A)

Mokwele v Government of the Republic of Bophuthatswana 1994 1 SA 503 (B)

Monnakale v Republic of Bophuthatswana 1991 1 SA 598 (B)

Mpangele v Botha (1) 1982 3 SA 633 (K)

Mpangele v Botha (2) 1982 3 SA 638 (K)

Mweuhanga v Cabinet of the Interim Government of South West Africa 1989 1 SA 976 (SWA)

Namibian National Students' Organisation v Speaker of the National Assembly for South West Africa 1990 1 SA 617 (SWA)

Ndlwana v Hofmeyr 1937 AD 229

Nkondo and Gumede v Minister of Law and Order 1986 2 SA 756 (A)

Nortje v Attorney General, Cape 1995 2 SA 460 (K)

Ntenti v Chairman, Ciskei Council of State 1993 4 SA 546 (CkGD)

Nyamakazi v President of Bophuthatswana 1992 4 SA 540 (B)

Omar v Minister of Law and Order 1987 3 SA 859 (A)

Operation Dismantle Inc v The Queen (1985) 1 SCR 441

Park-Ross v Director, Office for Serious Economic Offences 1995 (2) SA 148 (C)

Pepper v Hart [1992] 3 WLR 1032 (HL)

Phato v Attorney-General, Eastern Cape 1995 (1) SA 799 (E)

Potgieter v Kilian 1995 11 BCLR 1498 (N)

Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries 1990 1 SA 925 (A)

Qozoleni v Minister of Law and Order 1994 3 SA 625 (OK)

R v Andrews (1989) 1 SCR 143

R v Beare (1988) 2 SCR 387

R v Big M Drug Mart (1985) 18 DLR 321

R v Crown Court at Sheffield ex parte Brownlow 1980 2 All ER 444 (QB)

R v Hildick-Smith 1924 TPD 69

R v Kirk 1914 CPD 564

R v National Insurance Commissioners [1972] AC 944

R v Ndobe 1930 AD 484

R v Oakes (1986) 26 DLR (4th) 200

Reference re British Columbia Motor Vehicle Act (1986) 2 SCR 486

Reference re Public Service Employee Relations Act (Alberta) (1987) 1 SCR 313

Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Ltd (1986) 33 DLR (4th) 174

Roe v Wade 410 US 113 (1973)

S v A Juvenile 1990 4 SA 151 (ZSC)

S v Acheson 1991 2 SA 805 (NmHC)

S v Angula 1986 2 SA 540 (SWA)

S v Chabalala 1986 2 SA 623 (BA)

S v Ebrahim 1991 2 SA 553 (A)

S v Heita 1987 1 SA 311 (SWA)

S v Heita (2) 1992 3 SA 785 (NmHC)

S v Majavu 1994 4 SA 268 (Ck)

S v Makwanyane 1995 3 SA 391 (CC)

S v Marwane 1982 3 SA 717 (A)

S v Minnies 1991 3 SA 364 (NmHC)

S v Mhlungu 1995 3 SA 867 (CC)

S v Qgozo 1994 2 SA 756 (CkGD)

S v Saib 1994 4 SA 554 (D)

S v Shangase 1995 1 SA 425 (D)

S v Tuhadeleni 1969 1 SA 153 (A)

S v Van Wyk 1992 1 SACR 147 (NmSC)

S v Williams 1995 3 SA 632 (CC)

S v Zuma 1995 2 SA 642 (CC)

Santam Insurance Ltd v Taylor 1985 1 SA 514 (A)

Segale v Government of Bophuthatswana 1987 3 SA 237 (B)

Schenker v The Master 1936 AD 136

Shabalala v Attorney-General, Transvaal 1996 1 SA 725 (CC)

Shifidi v Administrator-General for South West Africa 1989 4 SA 631 (SWA)

Smith v Attorney-General, Bophuthatswana 1984 1 SA 196 (BSC)

South West Africa Cases (Ethiopia v South Africa; Liberia v South Africa) Second Phase ICJ Reports (1966) 6

Staatspresident v United Democratic Front 1988 4 SA 830 (A)

State President v Tsenoli; Kerchoff v Minister of Law and Order 1986 4 SA 1150 (A)

Stellenbosch Farmers' Wineries v Distillers Corporation (SA) Ltd 1962 1 SA 458 (A)

The State v Gibson (1898) 15 Cape LJ 1

Toms v The State; Bruce v The State 1990 2 SA 801 (A)

Transvaal Consolidated Land & Exploration Co Ltd v Johannesburg City Council 1972 1 SA 88 (W)

Tropp v Dulles (1958) 356 US 86

Trustees in the insolvent estate of Theodore Doms v Bok (1887) 2 SAR 189

Union Government v Mack 1917 AD 731

UDF (Western Cape Region) v Van der Westhuizen 1987 4 SA 926 (K)

United States v Carolene Products Company 304 US 144 (1938)

Unity Dow v Attorney-General, Botswana Botswana Court of Appeal (Civil Appeal 4/91)

University of Cape Town v Cape Town Bar Council 1986 4 SA 903 (A)

Venter v R 1907 TS 910

Volsckenk v Volschenk 1946 TPD 486

Weilbach v Grobler 1982 2 SA 15 (O)

Westinghouse Brake and Equipment (Pty) Ltd v Bilger Engineering (Pty) Ltd 1986 2 SA 555 (A)

Zantsi v Chairman, Council of State, Ciskei 1995 2 SA 534 (Ck)

Bibliografie en verwysingsmetodes

1 AFKORTINGS

CILSA - Comparative and International Law Journal of Southern Africa

SAJHR - South African Journal on Human Rights

SALJ - South African Law Journal

SAPR/PL - SA Publiekreg/Public Law

SAYIL - South African Yearbook of International Law

Stell LR - Stellenbosch Law Review

THRHR - Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg

TRW - Tydskrif vir Regswetenskap

TSAR - Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg

LJ - Law Journal

LQ - Law Quarterly

LR - Law Review

2 BOEKE EN TYDSKRIFARTIKELS

Abella (1989)	Abella RS 'Public policy and the judicial role' (1989) 34 <i>McGill LJ</i> 1021
----------------------	--

Aleinikoff (1988)	Aleinikoff TA 'Updating statutory interpretation' (1988) 87 <i>Michigan LR</i> 20
--------------------------	--

Arkes (1990)	Arkes H (1990) <i>Beyond the Constitution</i> Princeton University Press
---------------------	---

Andrews (1963)	Andrews WG (1963) <i>Constitutions and constitutionalism</i> Van Nostrand
-----------------------	--

Antieau (1982)	Antieau CJ (1982) <i>Constitutional construction</i> Oceana
-----------------------	--

Antieau (1985)	Antieau CJ (1985) <i>Adjudicating constitutional issues</i> Oceana
Ashenfelter et al (1995)	Ashenfelter O, Eisenberg T & Schwab S 'Politics and the judiciary: the influence of judicial background on case outcomes' (1995) 24 <i>Journal of Legal Studies</i> 257
Asmal (1991)	Asmal K 'Constitutional courts - a comparative survey' (1991) <i>CILSA</i> 315
Baade (1991)	Baade HW "Original intent" in historical perspective" some critical glosses' (1991) 69 <i>Texas LR</i> 1001
Baade (1995)	Baade HW 'Time and meaning: notes on the intertemporal law of statutory construction and constitutional interpretation' (1995) 43 <i>American Journal of Comparative Law</i> 319
Balkin (1987)	Balkin JM 'Deconstructive practice and legal theory' (1987) 96 <i>Yale LJ</i> 743
Barrie (1981)	Barrie GN 'Die gebondenheid van die Parlement aan die reg rakende sy struktuur en funksionering' (1981) <i>TSAR</i> 4
Barrie (1983)	Barrie GN 'Marwane's case: echoes of <i>Marbury v Madison</i> on the arid plains of southern Africa' (1983) <i>TSAR</i> 288
Basson (1987)	Basson DA 'Judicial activism in a state of emergency: an examination of recent decisions of the South African courts' (1987) <i>SAJHR</i> 28
Basson (1988)	Basson DA 'Die regbank en 'n menseregtehandves' in Van der Westhuizen JV & Viljoen HP (reds) (1988) <i>'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika</i> Butterworths
Baxter (1984)	Baxter L (1984) <i>Administrative law</i> Juta
Basson (1994)	Basson DA (1994) <i>South Africa's interim constitution: text and notes</i> Juta
Basson & Viljoen (1988)	Basson DA & Viljoen HP (1988) <i>South African constitutional law</i> Juta
Beatty (1990)	Beatty D (1990) <i>Talking Heads and The Supremes: the Canadian production of the constitutional review</i> Carswell

Beatty (1992)	Beatty D 'The rule (and role) of law in a new South Africa: some lessons from abroad' (1992) <i>SALJ</i> 408
Benade (1990)	Benade HJ 'Omar, staatsveiligheid en geregtelike hersiening: 'n internasionale perspektief' (1990) <i>SAPR/PL</i> 169
Bender (1983)	Bender P 'The Canadian Charter and the United States Bill of Rights' (1983) 28 <i>McGill LJ</i> 811
Berger (1986)	Berger R 'New theories of "interpretation": the activist flight from the Constitution' (1986) 47 <i>Ohio State LJ</i> 1
Bickel (1962)	Bickel A (1962) <i>The least dangerous branch</i> Bobbs-Merrill
Bjornlund (1990)	Bjornlund EC 'The devil's work? Judicial review under a bill of rights in South Africa and Namibia' (1990) 26 <i>Stanford Journal of International Law</i> 391
Blaauw (1990)	Blaauw LC 'The <i>rechtsstaat</i> idea compared with the rule of law as a paradigm for protecting rights' (1990) <i>SALJ</i> 76
Böckenförde (1991)	Böckenförde EW (1991) <i>State, society and liberty</i> Berg
Bobbitt (1991)	Bobbitt P (1991) <i>Constitutional interpretation</i> Blackwell
Bork (1971)	Bork RH 'Neutral principles and some First Amendment problems' (1971) 47 <i>Indiana LJ</i> 1
Bork (1990)	Bork RH (1990) <i>The tempting of America: the political seduction of the law</i> Free Press
Boshoff (1992)	Boshoff A 'Interpretation of a Constitution' (1992) <i>TSAR</i> 331
Boshoff (1993)	Boshoff A 'Konstitusionele interpretasie: Dworkin en "ander oorwegings"' (1993) <i>TSAR</i> 531
Botha CJ (1987)	Botha CJ 'The nexus between drafting and interpretation' in Van den Bergh NJC (red) (1987) <i>Aspects of legal drafting</i> Universiteit van Zoeloeland
Botha CJ (1990)	Botha CJ 'Literalisme: stuit en onttrek, of 'n nuwe offensief?' (1990) <i>THRHR</i> 614

Botha CJ (1991)	Botha CJ (1991) <i>Wetsuitleg: 'n inleiding vir studente</i> (1e uitg) Juta
Botha CJ (1994)	Botha CJ 'Interpretation of the Constitution' (1994) <i>SAPR/PL</i> 257
Botha CJ (1995)	Botha CJ 'Steeds 'n paar tekstuele ikone teen die regstaatlike muur' (1995) <i>THRHR</i> 523
Botha CJ (1996)	Botha CJ (1996) <i>Wetsuitleg: 'n inleiding vir studente</i> (2e uitg) Juta
Botha H (1994)	Botha H 'The values and principles underlying the 1993 Constitution' (1994) <i>SAPR/PL</i> 233
Botha NJ (1994)	Botha NJ 'International law and the South African interim Constitution' (1994) <i>SAPR/PL</i> 245
Boukema & Meuwissen (1976)	Boukema PJ & Meuwissen DHM (1976) <i>Grondwet en grondwetsherziening - tekstenverzameling</i> 1 Tjeenk Willink
Braithwaite (1995)	Braithwaite J 'Community values and Australian jurisprudence' (1995) <i>Sydney LR</i> 351
Breitenbach (1995)	Breitenbach A 'Raising constitutional issues in existing proceedings' <i>Juta's seminar on constitutional litigation</i> (Maart 1995)
Brest (1980)	Brest P 'The misconcieved quest for original understanding' (1980) <i>Buffalo University LR</i> 204
Brewer-Carías (1989)	Brewer-Carías AR (1989) <i>Judicial review in comparative law</i> Cambridge University Press
Brugger (1994)	Brugger W 'Legal interpretation, schools of jurisprudence, and anthropology: some remarks from a German point of view' (1994) 42 <i>American Journal of Comparative Law</i> 395
Bryce (1905)	Bryce J (1905) <i>Constitutions</i> Oxford University Press
Bülow (1995)	Bülow O 'Statutory law and the judicial function' (1995) 39 <i>American Journal of Legal History</i> 71

Cachalia et al (1994)	Cachalia A, Cheadle H, Davis D, Haysom N, Meduna P & Marcus G (1994) <i>Fundamental rights in the new constitution</i> Juta
Cameron (1982)	Cameron E 'Legal chauvinism, executive-mindedness and justice: LC Steyn's impact on South African law' (1982) <i>SALJ</i> 38
Cameron (1987)	Cameron E 'Nude monarchy: the case of South Africa's judges' (1987) <i>SAJHR</i> 338
Cameron (1990)	Cameron E 'Judicial accountability in South Africa' (1990) <i>SAJHR</i> 251
Can Bar Assoc (1990)	Canadian Bar Association (1990) <i>The decline and fall of 'Gobbledegook': report on Plain Language documentation</i> Ottawa
Cappelletti (1971)	Cappelletti M (1971) <i>Judicial review in the contemporary world</i> Bobbs-Merrill
Cappelletti (1981)	Cappelletti M 'The law-making power of the judge and its limits: a comparative perspective' (1981) 8 <i>Monash University LR</i> 15
Cappelletti (1985)	Cappelletti M 'Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"' (1985) <i>Catholic University LR</i> 1
Cappelletti (1989)	Cappelletti M (1989) <i>The judicial process in comparative perspective</i> Clarendon
Cardozo (1921)	Cardozo BN (1921) <i>The nature of the judicial process</i> Yale University Press
Carpenter (1981)	Carpenter G 'Variation on a theme - the independence of Ciskei' (1981) <i>SAYIL</i> 83
Carpenter (1983)	Carpenter G ' <i>S v Marwane</i> 1982 3 SA 717 (A)' (1983) <i>THRHR</i> 93
Carpenter (1987)	Carpenter G (1987) <i>Introduction to South African constitutional law</i> Butterworths
Carpenter (1988)	Carpenter G "'interference" with the judicial process: a case of conceptual confusion' (1988) <i>SAPR/PL</i> 244

Carpenter (1988/89)	Carpenter G 'Pre-independence Namibia: conscription and human rights' (1988/89) <i>SAYIL</i> 157
Carpenter (1989a)	Carpenter G 'Section 103ter of the Defence Act: the sequel' (1989) <i>SAPR/PL</i> 246
Carpenter (1989b)	Carpenter G 'Fundamental rights, security legislation and the <i>audi alteram partem</i> rule' (1989) <i>SAPR/PL</i> 87
Carpenter (1989/90a)	Carpenter G 'The Namibian Constitution - <i>ex Africa aliquid novi</i> after all?' (1989/90) <i>SAYIL</i> 22
Carpenter (1989/90b)	Carpenter G 'Constitutional interpretation in Bophuthatswana - what price a bill of rights?' (1989/90) <i>SAYIL</i> 169
Carpenter (1990/91a)	Carpenter G 'Constitutional interpretation in Bophuthatswana - still no joy' (1990/91) <i>SAYIL</i> 143
Carpenter (1990/91b)	Carpenter G 'Jurisdiction to try abducted persons and the application of international law in South African law' (1990/91) <i>SAYIL</i> 133
Carpenter (1990/91c)	Carpenter G 'A Namibian duo' (1990/91) <i>SAYIL</i> 162
Carpenter (1993)	Carpenter G 'The changing face of South African public law' (1993) <i>SAPR/PL</i> 6
Carpenter (1995a)	Carpenter G 'Constitutional interpretation by the existing judiciary in South Africa - can new wine be successfully decanted into old bottles?' (1995) <i>CILSA</i> 322
Carpenter (1995b)	Carpenter G 'Beyond belief - religious freedom under the South African and American Constitutions' (1995) <i>THRHR</i> 684
Carpenter (1995c)	Carpenter G 'Internal modifiers and other qualifications in bills of rights - some problems of interpretation' (1995) <i>SAPR/PL</i> 260
Carpenter (1996a)	Carpenter G 'Constitutional Court sounds the death knell for capital punishment' (1996) <i>THRHR</i> 145
Carpenter (1996b)	Carpenter G 'Public opinion, the judiciary and legitimacy' (1996) <i>SAPR/PL</i> 110

Carpenter & Botha (1996)	Carpenter G & Botha CJ 'The "constitutional attack on private law": are the fears well founded?' (1996) <i>THRHR</i> 126
Celliers (1962)	Celliers HS 'Die betekenis van vermoedens by wetsuitleg' (1962) <i>THRHR</i> 189
Chaskalson (1989)	Chaskalson A 'Law in a changing society: the past ten years - a balance sheet and some indicators for the future' (1989) <i>SAJHR</i> 293
Charlton (1986)	Charlton R (1986) <i>Comparative government</i> Longman
Chemerinsky (1987)	Chemerinsky E (1987) <i>Interpreting the Constitution</i> Praeger
Choper (1980)	Choper J (1980) <i>Judicial review and the national political process</i> University of Chicago Press
Cilliers (1985)	Cilliers AC 'The Constitution of the Republic of Ciskei' in Vorster MP, Wiechers M & Van Vuuren DJ (reds) (1985) <i>Constitutions of Transkei, Bophuthatswana, Venda and Ciskei</i> Butterworths
Claassen (1994)	Claassen CJ 'The functioning of the Constitutional Court (1994) <i>THRHR</i> 412
Cleary (1988)	Cleary SM 'A bill of rights as a normative instrument: SWA/Namibia 1975-1988' (1988) <i>CILSA</i> 291
Cliteur (1989)	Cliteur PB 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing' (1989) <i>Nederlands Juristenblad</i> 1369
Cliteur (1990)	Cliteur PB 'Democratie en constitutionele toetsing' (1990) <i>Rechtsgeleerd Magazijn</i> 209
Cloud (1991)	Cloud AM 'Structure and values in constitutional interpretation' (1991) 40 <i>Emory LJ</i> 875
Cockrell (1996)	Cockrell A 'Rainbow jurisprudence' (1996) <i>SAJHR</i> 1
Coetsee (1984)	Coetsee HJ 'Hoekom nie 'n verklaring van menseregte nie?' (1984) <i>TRW</i> 5
Conard (1985)	Conard AF 'A legislative text: new ways to write laws' (1985) <i>Statute LR</i> 62

Cook (1992)	Cook AE 'Reflections on postmodernism' (1992) 26 <i>New England LR</i> 751
Corder (1989)	Corder H 'Crowbars and cobwebs: executive autocracy and the law in South Africa' (1989) <i>SAJHR</i> 1
Corder (1992)	Corder H 'Lessons from (North) America: Beware the "legalization of politics" and the "political seduction of the law"' (1992) <i>SALJ</i> 204
Corder (1994)	Corder H 'Towards a South African constitution' (1994) <i>Modern LR</i> 491
Couwenberg (1991)	Couwenberg SW (1991) <i>Gezag en vrijheid</i> Tjeenk Willink
Cowen (1976)	Cowen DV 'A prolegomenon to a restatement of the principles of statutory interpretation' (1976) <i>TSAR</i> 131
Cowen (1980)	Cowen DV 'The interpretation of statutes and the concept of "the intention of the legislature"' (1980) <i>THRHR</i> 374
Cowling (1987)	Cowling MG 'Judges and the protection of human rights in South Africa: articulating the inarticulate premiss' (1987) <i>SAJHR</i> 177
Currie (1994)	Currie DP (1994) <i>The Constitution of the Federal Republic of Germany</i> University of Chicago Press
Davis (1994)	Davis D 'Equality and equal protection' in Van Wyk DH, Dugard J, De Villiers B & Davis D (eds) (1994) <i>Rights and constitutionalism: the new South African legal order</i> Juta
Davis (1996)	Davis D 'The underlying theory that informs the wording of our bill of rights' (1996) <i>SALJ</i> 385
Davis & Corder (1988)	Davis D & Corder H 'A long march: administrative law in the Appellate Division' (1988) <i>SAJHR</i> 281
Davis et al (1994)	Davis D, Chaskalson M & De Waal J 'Democracy and constitutionalism: the role of constitutional interpretation' in Van Wyk DH, Dugard J, De Villiers B & Davis D (eds) (1994) <i>Rights and constitutionalism: the new South African legal order</i> Juta

De Klerk (1994)	De Klerk W 'The process of political negotiation: 1990-1993' in De Villiers B (red) (1994) <i>Birth of a Constitution</i> Juta
Delgado & Stefancic (1993)	Delgado R & Stefancic J 'Critical race theory: an annotated bibliography' (1993) 79 <i>Virginia LR</i> 461
Denning (1979)	Denning AT (1979) <i>The discipline of law</i> Butterworths
De Smith (1979)	De Smith SA (1979) <i>Constitutional and administrative law</i> (3e uitg) Penguin
Devenish (1985)	Devenish GE 'The Constitution of the Republic of Bophuthatswana' in Vorster MP, Wiechers M & Van Vuuren DJ (reds) (1985) <i>Constitutions of Transkei, Bophuthatswana, Venda and Ciskei</i> Butterworths
Devenish (1992)	Devenish GE (1992) <i>Interpretation of statutes</i> Juta
Devenish (1995)	Devenish GE 'The interpretation of justiciable rights in South Africa's interim constitution' (1995) <i>De Jure</i> 249
Devenish (1996)	Devenish GE 'A critical analysis of constitutional interpretation in certain judgments of the Constitutional Court' (referaat gelewer tydens die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, Universiteit van Wes-Kaapland) Januarie 1996
De Vos (1967)	De Vos W 'Vrye regsinding?' (1967) <i>THRHR</i> 362
De Waal (1995)	De Waal J 'A comparative analysis of the provisions of German origin in the interim bill of rights' (1995) <i>SAJHR</i> 1
De Wet (1995)	De Wet E 'Can the social state principle in Germany guide state action in South Africa in the field of social and economic rights?' (1995) <i>SAJHR</i> 30
Dickson (1992)	Dickson B 'Has the Charter "Americanized" Canada's judiciary?: a summary and analysis' (1992) 26 <i>University of British Columbia LR</i> 195
Dietze (1973)	Dietze G (1973) <i>Two concepts of the rule of law</i> Liberty Fund
Dimond (1989)	Dimond PR (1989) <i>The Supreme Court and judicial choice</i> University of Michigan Press

Dlamini AM (1992)	Dlamini AM 'A comparison of some human rights decisions of the supreme courts of Transkei and Bophuthatswana' (1992) <i>TRW</i> 69
Dlamini CRM (1995)	Dlamini CRM (1995) <i>Human rights in Africa: which way South Africa?</i> Butterworths
Doehring (1988)	Doehring K 'The special character of the constitution of the Federal Republic of Germany as a free democratic basic order' in Karpen U (red) (1988) <i>The Constitution of the Federal Republic of Germany</i> Nomos
Donaldson (1995)	Donaldson M 'Some reservations about law and post-modernism' (1995) 40 <i>American Journal of Jurisprudence</i> 335
Duchachek (1973)	Duchachek I (1973) <i>Power maps: comparative politics of constitutions</i> Clio Press
Dugard (1971)	Dugard J 'The judicial process, positivism and civil liberty' (1971) <i>SALJ</i> 181
Dugard (1991)	Dugard J 'No jurisdiction over abducted persons in Roman-Dutch law' (1991) <i>SAJHR</i> 199
Dugard (1994)	Dugard J (1994) <i>International law: a South African perspective</i> Juta
Du Plessis (1980)	Du Plessis LM 'Die teoretiese grondslae van wetsuitleg' in Joubert DJ (red) (1980) <i>Petere Fontes: LC Steyn Gedenkbundel</i> Vereniging Hugo de Groot
Du Plessis (1981)	Du Plessis LM 'Tentative reflections on the systematization of the rules and presumptions of statutory interpretation' (1981) <i>SALJ</i> 211
Du Plessis (1986)	Du Plessis LM (1986) <i>The interpretation of statutes</i> Butterworths
Du Plessis (1988)	Du Plessis LM 'Filosofiese perspektief op 'n menseregte-handves vir Suid-Afrika' in Van der Westhuizen JV & Viljoen HP (reds) (1988) <i>'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika</i> Butterworths
Du Plessis (1993)	Du Plessis LM 'Conceptualising "law" and "justice" (2): just legal institutions in an optimally just society' (1992) <i>Stell LR</i> 357

Du Plessis (1994a)	Du Plessis LM 'A background to drafting the chapter on fundamental rights' in De Villiers B (red) (1994) <i>Birth of constitution</i> Juta
Du Plessis (1994b)	Du Plessis LM 'The interpretation of bills of rights in South Africa: taking stock' in Kruger J & Currin B (reds) (1994) <i>Interpreting a bill of rights</i> Juta
Du Plessis (1994c)	Du Plessis LM 'A note on the application, limitation and suspension clauses in South Africa's transitional bill of rights' (1994) <i>Stell LR</i> 86
Du Plessis (1996a)	Du Plessis LM 'The bill of rights in the working draft of the new Constitution: an evaluation of a constitutional text <i>sui generis</i> ' (1996) <i>Stell LR</i> 3
Du Plessis (1996b)	Du Plessis LM 'Waardebepaling van 'n waardemanifes: die menseregtehandves in Suid-Afrika se finale Grondwet' (1996) 36 <i>Woord en Daad</i> 2
Du Plessis (1996c)	Du Plessis LM 'Legal academics and the open community of constitutional interpreters' (1996) <i>SAJHR</i> 214
Du Plessis & Corder (1994)	Du Plessis & Corder H (1994) <i>Understanding South Africa's transitional bill of rights</i> Juta
Du Plessis & De Ville (1993a)	Du Plessis LM & De Ville JR 'Bill of rights interpretation in the South African context (1): diagnostic observations' (1993) <i>Stell LR</i> 63
Du Plessis & De Ville (1993b)	Du Plessis LM & De Ville JR 'Bill of rights interpretation in the South African context (2): prognostic observations' (1993) <i>Stell LR</i> 199
Du Plessis & De Ville (1993c)	Du Plessis LM & De Ville JR 'Bill of rights interpretation in the South African context (3): comparative perspectives and future prospects' (1993) <i>Stell LR</i> 356
Durham (1993)	Durham WC 'General assessment of the Basic Law - an American view' in Kirchhof P & Kommers DP (reds) (1993) <i>Germany and its Basic Law Nomos</i>

Dürig (1988)	Dürig G 'An introduction to the Basic Law of the Federal Republic of Germany' in Karpen U (red) (1988) <i>The Constitution of the Federal Republic of Germany</i> Nomos
Du Toit (1976)	Du Toit DC 'Die <i>aequitas</i> en regulatiewe regsbeginsels' (1976) <i>TRW</i> 39
Du Toit (1977)	Du Toit DC 'The dimension of futurity in the law: towards a renewal of the theory of interpretation' (1977) <i>TRW</i> 11
Du Toit (1992)	Du Toit DC 'The problem of "correct interpretation" in law: freedom and humanism in interpretation' (1992) <i>TRW</i> 15
Dworkin (1967)	Dworkin R 'The model of rules' (1967) 35 <i>University of Chicago LR</i> 14
Dworkin (1972)	Dworkin R 'Social rules and legal theory' (1972) 81 <i>Yale LJ</i> 855
Dworkin (1978)	Dworkin R (1978) <i>Taking rights seriously</i> Duckworth
Dworkin (1981)	Dworkin R 'The forum of principle' (1981) 56 <i>New York University LR</i> 469
Dworkin (1986)	Dworkin R (1986) <i>Law's empire</i> Fontana
Dyzenhaus (1992)	Dyzenhaus D 'Why positivism is authoritarian' (1992) 37 <i>American Journal of Jurisprudence</i> 83
Eagleson (1994)	Eagleson RD 'What lawyers need to know about plain language' (1994) 73 <i>Michigan Bar Journal</i> 44
Eaton (1988)	Eaton W (1988) <i>Who killed the constitution?</i> Regnery Gateway
Edwards (1995)	Edwards AB 'Legal theory' in Hosten WJ, Edwards AB, Bosman F & Church J (reds) (1995) <i>Introduction to South African law and legal theory</i> Butterworths
Eisgruber (1993)	Eisgruber CL 'Justice and the text: rethinking the constitutional relation between principle and prudence' (1993) 43 <i>Duke LJ</i> 1
Elhauge (1991)	Elhauge ER 'Does interest group theory justify more intrusive judicial review?' (1991) 101 <i>Yale LJ</i> 31

Elliot (1994)	Elliot DC 'Innovative legislative drafting' (1994) 73 <i>Michigan Bar Journal</i> 40.
Eloff (1994)	Eloff T 'The process of giving birth' in De Villiers B (red) (1994) <i>Birth of a constitution</i> Juta
Ely (1980)	Ely JH (1980) <i>Democracy and distrust: a theory of judicial review</i> Harvard University Press
Ely (1991)	Ely JH 'Another such victory: constitutional theory in a world where courts are no different from legislatures' (1991) 77 <i>Virginia LR</i> 833
Epstein (1992)	Epstein RA 'A common lawyer looks at constitutional interpretation' (1992) 72 <i>Boston University LR</i> 699
Erasmus (1990)	Erasmus G 'Die Grondwet van Namibië: internasionale proses en inhoud' (1990) <i>Stell LR</i> 277
Eskridge (1987)	Eskridge WN 'Dynamic statutory interpretation' (1987) 135 <i>University of Pennsylvania LR</i> 1479
Eskridge (1994)	Eskridge WN (1994) <i>Dynamic statutory interpretation</i> Harvard University Press
Fagan (1987)	Fagan A 'Debunking the myths: deconstruction and the interpretation of statutes' (1987) <i>Responsa Meridiana</i> 195
Fagan (1995)	Fagan A 'In defence of the obvious: ordinary meaning and the identification of constitutional rules' (1995) <i>SAJHR</i> 545
Fallon (1987)	Fallon R 'A constructivist coherence theory of constitutional interpretation' (1987) 100 <i>Harvard LR</i> 1189
Feliciano (1992)	Feliciano FP 'The application of law: some recurring aspects of the process of judicial review and decision making' (1992) 37 <i>American Journal of Jurisprudence</i> 17
Felsenfeld (1981/82)	Felsenfeld C 'The Plain English movement in the United States (1981/82) 6 <i>Canadian Business LJ</i> 408
Fish (1980)	Fish S (1980) <i>Is there a text in this class?: the authority of interpretive communities</i> Harvard University Press

- Fish (1982)** **Fish S** 'Working on the chain gang: interpretation in law and literature' (1982) 60 *Texas LR* 551
- Finer (1961)** **Finer H** (1961) *The theory and practice of modern government* (4e uitg) Methuen
- Finer (1988)** **Finer SE** 'Notes towards a history of constitutions' in Bogdanor V (red) (1988) *Constitutions in democratic politics* Gower
- Forsyth (1991)** **Forsyth C** 'Interpreting a bill of rights: the future task of a reformed judiciary?' (1991) *SAJHR* 1
- Freeman (1990/91)** **Freeman S** 'Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review' (1990/91) 9 *Law and Philosophy* 327
- Friedrich (1955)** **Friedrich CJ** 'Political theory of new democratic constitutions' in Zurcher AJ (red) (1955) *Constitutions and constitutional trends since World War II* Greenwood Press
- Friedrich (1974)** **Friedrich CJ** (1974) *Limited government: a comparison* Prentice-Hall
- Froneman (1996)** **Froneman JC** 'The constitutional invasion of the common law: can the judges be controlled?' (referaat gelewer tydens die konferensie *South Africa in transition: focus on the Bill of Rights*, aangebied deur die VerLoren van Themaatsentrum vir Publiek-regtelike Studies, Universiteit van Suid-Afrika) 21 Augustus 1996
- Fuller (1949)** **Fuller LL** 'The case of the speluncean explorers' (1949) 62 *Harvard LR* 616
- Garvey & Aleinikoff (1994)** **Garvey JH & Aleinikoff TA** (1994) *Modern constitutional theory a reader* (3e uitg) West Publishers
- Gibson (1993)** **Gibson D** 'The deferential Trojan Horse: a decade of Charter decisions' (1993) 72 *Canadian Bar Review* 417
- Golding (1963)** **Golding MP** 'Principled decision-making and the Supreme Court' (1963) 63 *Columbia LR* 35
- Graglia (1976)** **Graglia L** (1976) *Disaster by decree* Cornell University Press

Grano (1981)	Grano JD 'Judicial review and a written constitution in a democratic society' (1981) 28 <i>Wayne LR</i> 1
Greenawalt (1978)	Greenawalt K 'The enduring significance of neutral principles' (1978) 78 <i>Columbia LR</i> 982
Greenstein (1995)	Greenstein RK 'Text as tool: why we read the law' (1995) 52 <i>Washington and Lee LR</i> 105
Grey (1984)	Grey TC 'The Constitution as scripture' (1984) 37 <i>Stanford LR</i> 3
Griswold (1952)	Griswold EN 'The "coloured vote case" in South Africa' (1952) 65 <i>Harvard LR</i> 1361
Griswold (1953)	Griswold EN 'The demise of the High Court of Parliament in South Africa' (1953) 66 <i>Harvard LR</i> 864
Grogan (1989)	Grogan J 'The Appellate Division and the emergency: another step backwards' (1989) <i>SALJ</i> 14
Gutto (1995)	Gutto SBO 'Plain language and the law in context of cultural and legal pluralism' (1995) <i>SAJHR</i> 311
Gutto (1996)	Gutto SBO 'The Constitutional Court's first salvo in confronting the fundamental "mischief" of the past and sowing the seeds for the new South African jurisprudence: <i>S v Zuma</i> ' (1996) <i>SAJHR</i> 47
Hahlo & Kahn (1973)	Hahlo HR & Kahn E (1973) <i>The South African legal system and its background</i> Juta
Hahn (1969)	Hahn HJ 'Trends in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court' (1969) 16 <i>American Journal of Comparative Law</i> 570
Harrison (1989)	Harrison NJ 'Construction or deconstruction in the interpretation of statutes' (1989) <i>Law Teacher</i> 162
Hathaway (1994)	Hathaway GH 'The Plain English movement in the law' (1994) 50 <i>Missouri Bar Journal</i> 19
Haysom & Plasket (1988)	Haysom N & Plasket C 'The war against law: judicial activism and the Appellate Division' (1988) <i>SAJHR</i> 303

Henning (1967)	Henning PJ van R (1967) <i>Oor die begrip diskresie in die administratiefreg</i> LLD-proefskrif UNISA
Henning (1968a)	Henning PJ van R 'Reg, billikheid, en in verband daarmee, regterlike regsforming' (1968) <i>THRHR</i> 242
Henning (1968b)	Henning PJ van R 'Die administratiewe staat' (1968) <i>THRHR</i> 8
Herdegen (1990)	Herdegen M 'The activist judge in a "positivistic" environment - European experiences' (1990) <i>Stell LR</i> 336
Herdegen (1995)	Herdegen MJ 'Unjust laws, human rights and the German Constitution: Germany's recent confrontation with the past' (1995) 32 <i>Columbia Journal of Transnational Law</i> 591
Heyns (1996)	Heyns C 'Where is the voice of Africa in our Constitution?' (referaat gelewer tydens die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, Universiteit van Wes-Kaapland) Januarie 1996
Hiemstra (1985)	Hiemstra VG 'Suid-Afrika terug in die wêreld langs die weg van die regstaatbeginsel' (1985) <i>TSAR</i> 1
Hlophe (1995)	Hlophe J 'The role of judges in a transformed South Africa - problems, challenges and prospects' (1995) <i>SALJ</i> 22
Hogg (1987)	Hogg PW 'The Charter of Rights and American theories of interpretation' (1987) 25 <i>Osgoode Hall LJ</i> 87
Hogg (1990)	Hogg PW 'Interpreting the Charter of Rights' (1990) 28 <i>Osgoode Hall LJ</i> 817
Hoy (1987)	Hoy DC 'Dworkin's constructive optimism vs deconstructive nihilism' (1987) 6 <i>Law and philosophy</i> 321
Hund (1989)	Hund J 'A bill of rights for South Africa' (1989) <i>TRW</i> 46
Hunt (1990)	Hunt A 'The big fear: law confronts postmodernism' (1990) 35 <i>McGill LJ</i> 507
Hutchinson (1987)	Hutchinson AC 'Indiana Dworkin and Law's Empire' (1987) 96 <i>Yale LJ</i> 637

Hutchinson (1992)	Hutchinson AC 'Identity crisis: the politics of interpretation' (1992) 26 <i>New England LR</i> 1173
Hutchinson & Monahan (1987)	Hutchinson AC & Monahan P 'Democracy and the rule of law' in Hutchinson AC & Monahan P (reds) (1987) <i>The rule of law: ideal or ideology</i> Carswell
Jaconelli (1980)	Jaconelli J (1980) <i>Enacting a Bill of Rights</i> Clarendon
Jamieson (1980)	Jamieson NJ 'The doctrine of free expression in legislative drafting' (1980) <i>Statute LR</i> 78
Joubert (1952)	Joubert CP 'Die gebondenheid van die soewereine wetgewer aan die reg' (1952) <i>THRHR</i> 7
Kaplin (1990)	Kaplin WA 'The process of constitutional interpretation: a synthesis of the present and a guide to the future' (1990) 42 <i>Rutgers LR</i> 983
Karpen (1988)	Karpen U 'Rule of law' in Karpen U (red) (1988) <i>The Constitution of the Federal Republic of Germany</i> Nomos
Kaufman (1986)	Kaufman F 'The Canadian <i>Charter</i> : a time for bold spirits, not timorous souls' (1986) 31 <i>McGill LJ</i> 456
Kellaway (1995)	Kellaway EA (1995) <i>Principles of legal interpretation of statutes, contracts and wills</i> Butterworths
Kelly (1986)	Kelly D 'Legislative drafting and plain English' (1986) <i>Adelaide LR</i> 409
Kentridge (1996)	Kentridge S 'Bills of rights - the South African experiment' (1996) 112 <i>Law Quarterly Review</i> 237
Kentridge & Spitz (1996)	Kentridge J & Spitz D 'Interpretation' in Chaskalson <i>et al</i> (1996) <i>Constitutional law of South Africa</i> (losblad uitg) Juta
Kittrie (1992/3)	Kittrie NN 'The task ahead: making the constitution work for pluralism' (1992/3) 8 <i>American University Journal of International Law and Policy</i> 647
Klarman (1991)	Klarman M 'The puzzling resistance to political process theory' (1991) 77 <i>Virginia LR</i> 747

Klug (1996)	Klug H 'Striking down death: <i>S v Makwanyane</i> ' (1996) <i>SAJHR</i> 61
Kommers (1989)	Kommers DP (1989) <i>The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany</i> Duke University Press
Kommers (1991)	Kommers DP 'German constitutionalism: a prolegomenon' (1991) 40 <i>Emory LJ</i> 837
Koopmans (1978)	Koopmans T (1978) <i>Vergelykend publiekrecht</i> Kluwer
Koopmans (1987)	Koopmans T (1987) <i>Compendium van het staatsrecht</i> (5e uitg) Kluwer
Kotzé & Van Wyk (1980)	Kotzé HJ & Van Wyk JJ (1980) <i>Basiese konsepte in die politiek</i> McGraw-Hill
Kriegler (1988)	Kriegler JC 'Slotrede' in Van der Westhuizen JV & Viljoen HP (reds) (1988) <i>'n Menseregtehandves vir Suid-Afrika</i> Butterworths
Kroeze (1993)	Kroeze IJ 'Re-evaluating legal positivism – or positivism and fundamental rights: a comedy of errors' (1993) <i>SAPR/PL</i> 230
Kruger (1988)	Kruger TJ 'Die regbank, die noodtoestand en fundamentele regte' (1988) <i>SAPR/PL</i> 181
Kruger (1989)	Kruger TJ 'Die voortbestaan van die Suid-Afrikaanse regstelsel: 'n legitimitetskrisis?' in Van der Walt CFC (red) (1989) <i>HL Swanepoel-gedenklesings</i> PU vir CHO
Kruger (1990)	Kruger TJ (1990) <i>Die wordingsproses van 'n Suid-Afrikaanse menseregtebedeling</i> LLD-proefskrif PU vir CHO
Kruger (1991a)	Kruger TJ 'Regspositivisme en die "ongeskrewe" teks van die (nuwe) grondwet' (1991) <i>SAPR/PL</i> 229
Kruger (1991b)	Kruger TJ 'Bedoeling in teks en konteks' (1991) <i>Stell LR</i> 242
Kruger (1991c)	Kruger TJ 'Die regbank in 'n nuwe Suid-Afrika' (1991) <i>Stell LR</i> 352
Kruger (1991d)	Kruger TJ "'Value-judgments" vs positivism' (1991) <i>SAPR/PL</i> 290

Kruger (1992)	Kruger TJ 'Positivism: the old warhorse lives on' (1992) <i>SAPR/PL</i> 312
Kruger (1994a)	Kruger TJ 'Regstaat, kultuurstaat, welvaartstaat: 'n nuwe staatsmodel?' (1994) <i>Stell LR</i> 15
Kruger (1994b)	Kruger TJ 'Towards a new interpretive theory' in Kruger TJ & Currin B (reds) (1994) <i>Interpreting a bill of rights</i> Juta
Kruger (1994c)	Kruger TJ 'Die beregting van fundamentele regte gedurende die oorgangsbedeling' (1994) <i>THRHR</i> 396
Kruger (1995a)	Kruger TJ 'Boekresensie: Rautenbach & Malherbe (1994) <i>Staatsreg</i> ' in (1995) <i>SAJHR</i> 648
Kruger (1995b)	Kruger TJ 'Is interpretation a question of common sense? Some reflections on value judgments and section 35' (1995) <i>CILSA</i> 1
Kuhn (1964)	Kuhn T (1964) <i>The structure of scientific revolutions</i> University of Chicago Press
Labuschagne (1978)	Labuschagne JMT 'Die uitlegsvermoede teen staatsgebondenheid' (1978) <i>TRW</i> 42
Labuschagne (1982)	Labuschagne JMT 'Die dinamiese aard van die wetgewingsproses en wetsuitleg' (1982) <i>THRHR</i> 402
Labuschagne (1983)	Labuschagne JMT 'Regsdinamika: opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses' (1983) <i>THRHR</i> 422
Labuschagne (1984)	Labuschagne JMT 'Gemenereg en wetsuitleg' (1984) <i>De Jure</i> 364
Labuschagne (1985)	Labuschagne JMT 'Die leemtebegrip by wetsuitleg' (1985) <i>TSAR</i> 55
Labuschagne (1986)	Labuschagne JMT 'Die konkurrensieproblematiek by wetsuitleg' (1986) <i>De Jure</i> 369
Labuschagne (1988)	Labuschagne JMT 'Die woord as kommunikasiebasis in die wetgewingsproses' (1988) <i>SAPR/PL</i> 34

Labuschagne (1989)	Labuschagne JMT 'Regsnormvorming: riglyn vir 'n nuwe benadering tot die tradisionele reëls van wetsuitleg' (1989) <i>SAPR/PL</i> 205
Labuschagne (1990)	Labuschagne JMT 'Die opkoms van die teleologiese benadering tot die uitleg van wette in Suid-Afrika' (1990) <i>SALJ</i> 569
Labuschagne (1991)	Labuschagne JMT 'Regsekerheid en betekeniskonstantheid by wetsuitleg' (1991) <i>TRW</i> 15
Labuschagne (1993)	Labuschagne JMT 'Doelorganiese regsnormvorming: opmerkinge oor die grondreëls van die uitleg van 'n handves van menseregte' (1993) <i>SAPR/PL</i> 127
Lamer (1994)	Lamer A 'Canada's legal revolution: judging in the age of the Charter of Rights' (1994) 28 <i>Israel LR</i> 579
Lane (1996)	Lane PH 'The changing role of the High Court' (1996) <i>Australian LJ</i> 246
Lategan (1980)	Lategan BC 'Die uitleg van wetgewing in hermeneutiese perspektief' (1980) <i>TSAR</i> 107
Leyh (1992)	Leyh G 'Legal education and the public life' in Leyh G (red) (1992) <i>Legal hermeneutics: history, theory, and practice</i> University of California Press
Lester (1993)	Lester A 'English judges as law makers' (1993) <i>Public Law</i> 269
Lever (1993)	Lever H 'A change of heart on Bophuthatswana's bill of rights' (1993) <i>SALJ</i> 223
Llewellyn (1934)	Llewellyn K 'The Constitution as an institution' (1934) 34 <i>Columbia LR</i> 1
Lobel (1988)	Lobel J 'Introduction: constitutional mythology and progressive responses' in Lobel J (red) (1988) <i>A less than perfect union: alternative responses on the US Constitution</i> Monthly Review Press
Loenen (1996)	Loenen T 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid' (1996) <i>Rechtsgeleerd Magazijn</i> 123

Loewenstein (1955)	Loewenstein K 'The value of constitutions in our revolutionary age' in Zurcher AJ (red) (1955) <i>Constitutions and constitutional trends since World War II</i> Greenwood
Loewenstein (1957)	Loewenstein K (1957) <i>Political power and the governmental process</i> University of Chicago Press
Luban (1994)	Luban D 'Justice Holmes and the metaphysics of judicial self-restraint' (1994) 44 <i>Duke LJ</i> 449
Luiz (1983)	Luiz S 'The bill of rights - Bophuthatswana' (1983) <i>THRHR</i> 231
Luiz (1987)	Luiz S 'A bill of rights: is it worth the paper it's written on?' (1987) <i>SAJHR</i> 105
Majola (1990)	Majola BC 'Beyond the bill of rights in South Africa' (1990) <i>SAPR/PL</i> 36
Malherbe (1996)	Malherbe EFJ 'Grondwetlike oppergesag in werking' (1996) <i>TSAR</i> 175
Manfredi (1992)	Manfredi CP 'The Canadian Supreme Court and American judicial review: United States constitutional jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms' (1992) 40 <i>American Journal of Comparative Law</i> 213
Marcello (1996)	Marcello DA 'The ethics and politics of legislative drafting' (1996) 70 <i>Tulane LR</i> 2437
Massey (1991)	Massey CR 'The locus of sovereignty: judicial review, legislative supremacy, and federalism in the constitutional traditions of Canada and the United States' (1991) 1990 <i>Duke LJ</i> 1229
Mbao (1996)	Mbao MLM 'The province of the South African bill of rights determined and redetermined: a comment on the case of <i>Baloro v University of Bophuthatswana</i> ' (1996) <i>SALJ</i> 33
McCullough (1992)	McCullough HB 'Parliamentary sovereignty and a constitutional grid: The Canadian Charter of Rights' (1992) 41 <i>International and Comparative LQ</i> 751
McIlwain (1966)	McIlwain CH (1966) <i>Constitutionalism: ancient and modern</i> Cornell

McLaren (1992)	McLaren M 'The case for plain legal English in New Zealand' (1992) <i>New Zealand LJ</i> 167
McWhinney (1952)	McWhinney E 'The Union Parliament, the Supreme Court, and the "entrenched clauses" of the South Africa Act' (1952) 30 <i>Canadian Bar Review</i> 692
McWhinney (1953)	McWhinney E 'Court versus legislature in the Union of South Africa: the assertion of a right of judicial review' (1953) 31 <i>Canadian Bar Review</i> 692
McWhinney (1981)	McWhinney E (1981) <i>Constitution-making: principles, process, practice</i> Marthinus Nijhoff
McWhinney (1986)	McWhinney E (1986) <i>Supreme courts and judicial law-making: constitutional tribunals and constitutional review</i> Marthinus Nijhoff
Michelman (1969)	Michelman F 'On protecting the poor through the Fourteenth Amendment' (1969) 83 <i>Harvard LR</i> 7
Michelman (1996)	Michelman F 'A constitutional conversation with professor Frank Michelman' (1995) <i>SAJHR</i> 477
Miller (1985)	Miller AS (1985) <i>Politics, democracy and the Supreme Court</i> Greenwood
Minow (1987)	Minow M 'Justice engendered' (1987) 101 <i>Harvard LR</i> 10
Mischke (1992)	Mischke C 'The inseparability of powers: judge-made law in the German legal system' (1992) <i>SAPR/PL</i> 253
Mischke (1993)	Mischke C 'Textual tactics: putting positivism on the road (to pasture)' (1993) <i>SAPR/PL</i> 346
Mootz (1994)	Mootz FJ 'The new legal hermeneutics' (1994) 47 <i>Vanderbilt LR</i> 115
Munzer & Nickel (1977)	Munzer SR & Nickel JW 'Does the Constitution mean what it always meant?' (1977) 77 <i>Columbia LR</i> 1028
Mureinik (1986)	Mureinik E 'Administrative law in South Africa' (1986) <i>SALJ</i> 615

Mureinik (1988)	Mureinik E 'Dworkin and apartheid' in Corder H (red) (1988) <i>Essays on law and social practice in South Africa</i> Juta
Mureinik (1989)	Mureinik E 'Pursuing principle: the Appellate Division and review under the state of emergency' (1989) <i>SAJHR</i> 60
Mureinik (1994)	Mureinik E 'A bridge to where? Introducing the interim bill of rights' (1994) <i>SAJHR</i> 31
Ndaki (1983)	Ndaki BF 'A bill of rights: the Bophuthatswana experience' (1983) <i>De Rebus</i> 449
Neethling (1993)	Neethling J 'A vision of South African private law: independent co-existence or reconciliatory synthesis' (1993) 2 <i>Codicillus</i> 60
Neuman (1986)	Neuman F (1986) <i>The rule of law: political theory and the legal system in modern society</i> Berg
Nicholson (1993)	Nicholson RD 'Judicial independence and accountability: can they co-exist?' (1993) <i>Australian LJ</i> 404
Nonet & Selznick (1978)	Nonet P & Selznick P (1978) <i>Law and society in transition: towards responsive law</i> Harper & Row
Payne (1956)	Payne D 'The intention of the legislature in the interpretation of statutes' (1956) <i>Current Legal Problems</i> 91
Perry (1982)	Perry MJ (1982) <i>The Constitution, the courts and human rights</i> Yale University Press
Perry (1985)	Perry MJ 'The authority of text, tradition, and reason: a theory of constitutional "interpretation"' (1985) 58 <i>University of California LR</i> 551
Perry (1987)	Perry MJ 'Interpreting the Constitution' (1987) 4 <i>Brigham Young University LR</i> 1157
Perry (1991)	Perry MJ 'The legitimacy of particular conceptions of constitutional interpretation' (1991) 77 <i>Virginia LR</i> 669
Peters (1996)	Peters CJ 'Foolish consistency: on equality, integrity, and justice in <i>stare decisis</i> ' (1996) 105 <i>Yale LJ</i> 2031

Petter (1989)	Petter A 'Canada's Charter flight: soaring backwards into the future' (1989) 16 <i>Journal of Law and Society</i> 151
Pilon (1992)	Pilon R 'Freedom, responsibility, and the Constitution: on recovering our founding principles' (1992) 68 <i>Notre Dame LR</i> 507
Powell (1985)	Powell HJ 'The original understanding of original intent' (1985) 98 <i>Harvard LR</i> 885
Posner (1990)	Posner RA (1990) <i>The problems of jurisprudence</i> Harvard University Press
Posner (1991)	Posner RA 'Democracy and distrust revisited' (1991) 77 <i>Virginia LR</i> 641
Prakke (1972)	Prakke L (1972) <i>Toetsing in het publiekrecht</i> Van Gorcum
Pretorius & Strydom (1984)	Pretorius JL & Strydom HA 'Die proses van grondwetgewing' (1984) <i>TRW</i> 47
Price (1970)	Price JH (1970) <i>Comparative government: four modern constitutions</i> Hutchinson
Raath (1988)	Raath AWG 'Die opkoms van 'n neo-positivisme in die Suid-Afrikaanse regsleer' (1988) <i>TRW</i> 208
Radcliffe (1950)	Radcliffe L 'Some reflections on law and lawyers' (1950) <i>Cambridge LJ</i> 361
Ranney (1975)	Ranney A (1975) <i>The governing of men</i> (4e uitg) Dryden
Rautenbach (1986)	Rautenbach IM 'Menseregte-aktes: 'n vergelykende oorsig' (1986) <i>TSAR</i> 322
Rautenbach & Malherbe (1994)	Rautenbach IM & Malherbe EFJ (1994) <i>Staatsreg</i> Lex Patria
Rehnquist (1976)	Rehnquist WH 'The notion of a living constitution' (1976) 54 <i>Texas LR</i> 693
Rodee et al (1967)	Rodee CC, Anderson TJ & Christol CQ (1967) <i>Introduction to political science</i> (2e uitg) McGraw-Hill

Rosenfeld (1992)	Rosenfeld M 'Deconstruction and legal interpretation: conflict, indeterminacy and the temptations of the new legal formalism' in Cornell D, Rosenfeld M & Carlson DG (eds) (1992) <i>Deconstruction and the possibility of justice</i> Routledge
Rostow (1962)	Rostow EV (1962) <i>The sovereign prerogative: the Supreme Court and the quest for law</i> Yale University Press
Ruppel (1992)	Ruppel HFE 'A bill of rights: practical implications for legal practice - a Namibian perspective' (1992) <i>SAPR/PL</i> 51
Russell (1988)	Russell PH 'Canada's Charter of Rights and Freedoms: a political report' (1988) <i>Public Law</i> 385
Rycroft (1995)	Rycroft A 'The doctrine of <i>stare decisis</i> in Constitutional Court cases' (1995) <i>SAJHR</i> 857
Sachs (1990)	Sachs A 'Towards a bill of rights in a democratic South Africa' (1990) <i>SAJHR</i> 1
Samuels (1980)	Samuels A 'The interpretation of statutes' (1980) <i>Statute LR</i> 86
Sandalow (1981)	Sandalow T 'Constitutional interpretation' (1981) 79 <i>Michigan LR</i> 1033
Sanders (1971)	Sanders AJGM 'Die <i>rule of law</i> - 'n gemeenskaplike Westerse gedragskode' (1971) <i>THRHR</i> 164
Sartori (1962)	Sartori G 'Constitutionalism: a preliminary discussion' (1962) 56 <i>American Political Science Review</i> 853
Schabas (1995)	Schabas WA 'South Africa's new Constitutional Court abolishes the death penalty' (1995) 16 <i>Human Rights LJ</i> 133
Schacter (1995)	Schacter JS 'Metademocracy: the changing structure of legitimacy in statutory interpretation' (1995) 105 <i>Harvard LR</i> 593
Schauer (1992)	Schauer F 'The occasions of constitutional interpretation' (1992) <i>Boston University LR</i> 729
Schneider (1994)	Schneider HP 'Value judgments and the spirit of the constitution' in Kruger TJ & Currin B (eds) (1994) <i>Interpreting a bill of rights</i> Juta

Schmidt (1962)	Schmidt CWH 'Section 114 of the Constitution and the sovereignty of Parliament' (1962) <i>SALJ</i> 315
Shaman (1982)	Shaman JM 'The Constitution, the Supreme Court, and creativity' (1982) 9 <i>Hastings Constitutional LQ</i> 257
Simmons (1995)	Simmons C 'Unmasking the rhetoric of purpose: the Supreme Court and legislative compromise' (1995) 44 <i>Emory LJ</i> 117
Singleton (1995)	Singleton TJ 'The principles of fundamental justice, societal interests and section 1 of the Charter' (1995) 74 <i>Canadian Bar Review</i> 446
Slonim (1973)	Slonim S (1973) <i>South West Afrika and the United Nations: an international mandate in dispute</i> John Hopkins University Press
Smith (1996)	Smith N 'The purposes behind the words: <i>S v Mhlungu</i> ' (1996) <i>SAJHR</i> 90
Sontheimer (1993)	Sontheimer K 'Principles of human dignity in the Federal Republic' in Kirchhof P & Kommers DP (eds) (1993) <i>Germany and its Basic Law Nomos</i>
Southwood (1992)	Southwood I 'Nought for your (constitutional) comfort in Bophuthatswana' (1992) <i>SAPL/PR</i> 169
Stern (1981)	Stern K 'A society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany' (1981) <i>TSAR</i> 241
Stern (1985)	Stern K 'The genesis and evolution of European-American constitutionalism: some comments on the fundamental aspects' (1985) <i>CILSA</i> 187
Stern (1993)	Stern K 'General assessment of the Basic Law - a German view' in Kirchhof P & Kommers DP (eds) (1993) <i>Germany and its Basic Law Nomos</i>
Steyn (1981)	Steyn LC (1981) <i>Die uitleg van wette</i> (5e uitg) Juta
Strauss (1996)	Strauss DA 'Common law constitutional interpretation' (1996) 63 <i>University of Chicago LR</i> 877

Strayer (1988a)	Strayer BL (1988) <i>The Canadian Constitution and the courts</i> (3e uitg) Butterworths
Strayer (1988b)	Strayer BL 'Life under the Canadian Charter: adjusting the balance between legislatures and courts' (1988) <i>Public Law</i> 347
Strong (1972)	Strong CF (1972) <i>Modern political constitutions</i> (8e uitg) Sidgewick & Jackson
Strydom (1994)	Strydom GJC 'A bill of rights and "value judgments" vs positivism: the Namibian experience' in Kruger TJ & Currin B (reds) (1994) <i>Interpreting a bill of rights</i> Juta
Sunstein (1993)	Sunstein C (1993) <i>The partial Constitution</i> Harvard University Press
Regskommissie (1989)	Suid-Afrikaanse Regskommissie (1989) <i>Projek 58 Werkstuk 25: Groeps- en menseregte</i> (Tussentydse verslag) Pretoria
Thomas (1985)	Thomas R 'Plain English and the law' (1985) <i>Statute LR</i> 139
Thomashaussen (1984)	Thomashaussen AEAM 'Human rights in South Africa: the case of Bophuthatswana' (1984) <i>SALJ</i> 467
Thompson (1982)	Thompson JA 'Principles and theories of constitutional interpretation and adjudication: some preliminary notes' (1982) <i>Melbourne University LR</i> 597
Trakman (1994)	Trakman LE 'Interpreting a bill of rights: Canada and South Africa compared' in Kruger TJ & Currin B (reds) (1994) <i>Interpreting a bill of rights</i> Juta
Tribe (1980)	Tribe LH 'The puzzling persistence of process-based constitutional theories' (1980) 108 <i>Yale LJ</i> 1063
Tribe (1988)	Tribe LH (1988) <i>American constitutional law</i> (2e uitg) Foundation Press
Tribe (1995)	Tribe LH 'Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation' (1995) 108 <i>Harvard LR</i> 1221

Tribe & Dorf (1992)	Tribe LH & Dorf MC (1992) <i>On reading the Constitution</i> Harvard University Press
Tridimas (1996)	Tridimas T 'The Court of Justice and judicial activism' (1996) <i>European LR</i> 199
Tushnet (1980)	Tushnet M 'Darkness on the edge of town: the contribution of John Hart Ely to constitutional theory' (1980) 89 <i>Yale LJ</i> 1037
Tushnet (1983)	Tushnet M 'Following the rules laid down: a critique of interpretivism and neutral principles' (1983) 96 <i>Harvard LR</i> 781
Tushnet (1988)	Tushnet M (1988) <i>Red, white, and blue: a critical analysis of constitutional law</i> Harvard University Press
Tushnet (1991)	Tushnet M 'Critical Legal Studies: a political history' (1991) 100 <i>Yale LJ</i> 1515
Tushnet (1992)	Tushnet M 'Constitutional interpretation, character and experience' (1992) 72 <i>Boston LR</i> 747
Tushnet (1992/3)	Tushnet M 'The judiciary and institutions of judicial review' (1992/3) 8 <i>American University Journal of International Law and Policy</i> 501
Unger (1983)	Unger RM 'The Critical Legal Studies movement' (1983) 96 <i>Harvard LR</i> 561
Van Aswegen (1993)	Van Aswegen HJ 'Menseregte en "die wet van die grens": aspekte van tussengroepverhoudings in die OVS 1855-1859' (1993) <i>Acta Academica</i> 32
Van Blerk (1996)	Van Blerk AE 'Critical Legal Studies in South Africa' (1996) <i>SALJ</i> 86
Van de Beek (1988)	Van de Beek A 'Hermeneutiek van de kerkrecht' in Van't Spyker W & Van Drimmelen LC (reds) (1988) <i>Inleiding tot de studie van het kerkrecht</i> JH Kok
Van den Bergh (1982)	Van den Bergh NJC 'Wetsuitleg: quo vadis?' (1982) <i>De Jure</i> 154

Van den Bergh (1983)	Van der Bergh NJC 'Wetsuitlegtheorie: kan daar tussen Scylla en Charybdis deurgevaar word?' (1983) <i>TRW</i> 63
Van der Hoeven (1985)	Van der Hoeven J (1958) <i>De plaats van de grondwet in het constitutionele recht</i> Tjeenk Willink.
Van der Merwe (1995)	Van der Merwe D 'Brown v Leyds recalled: what does a constitution constitute and what constitutes a constitution?' (1995) <i>THRHR</i> 661
Van der Pot-Donner (1983)	Van der Pot CW & Donner AM (1983) <i>Handboek van het Nederlandse staatsrecht</i> (11e uitg) Tjeenk Willink
Van der Vyver (1980)	Van der Vyver JD 'The section 114 controversy and governmental anarchy' (1980) <i>SALJ</i> 363
Van der Vyver (1986)	Van der Vyver JD (1986) 'Judicial review under the new constitution' <i>SALJ</i> 236
Van der Vyver (1988)	Van der Vyver JD 'The State President and indemnity under the Defence Act' (1988) <i>SAJHR</i> 153
Van der Vyver (1989)	Van der Vyver JD 'The jural credo: justice as the essence of legal ethics and a component of positive law' (1989) <i>THRHR</i> 157
Van der Vyver (1991)	Van der Vyver JD 'Constitutional options for post-apartheid South Africa' (1991) 40 <i>Emory LJ</i> 745
Van der Walt AJ (1993)	Van der Walt AJ 'Reflections on the teaching of property law in future' (1993) <i>Stell LR</i> 88
Van der Walt JWG (1992)	Van der Walt JWG 'Squaring up to the difficulty of life: hermeneutic and deconstructive considerations concerning positivism and the rule of law in a future South Africa' (1992) <i>Stell LR</i> 231
Van der Westhuizen (1991a)	Van der Westhuizen JV 'The protection of human rights and a constitutional court for South Africa: some questions and ideas, with reference to the German experience (1)' (1991) <i>De Jure</i> 1
Van der Westhuizen (1991b)	Van der Westhuizen JV 'The protection of human rights and a constitutional court for South Africa: some questions and ideas, with reference to the German experience (2)' (1991) <i>De Jure</i> 245

Van Doren (1989a)	Van Doren JW 'Illusive justice: applicability of Critical Legal Studies to South Africa' (1989) <i>SAPR/PL</i> 104
Van Doren (1989b)	Van Doren JW 'Critical Legal Studies and South Africa' (1989) <i>SALJ</i> 648
Van Eikema Hommes (1978)	Van Eikema Hommes HJ 'De materiële rechtsstaatsidee' (1978) <i>TSAR</i> 42
Van Heerden (1988)	Van Heerden FJ (1988) <i>Die uitleg van strafbepalings</i> LLD-proefskrif UP
Van Maarseveen & Van der Tang (1978)	Van Maarseveen H & Van der Tang G (1978) <i>Written constitutions: a computerized comparative study</i> Oceana
Van Marle (1996)	Van Marle K (1996) <i>Rekonstruktiewe feminisme: 'n ondersoek na die reg as 'manlike' struktuur en die moontlikheid van transformasie met spesifieke verwysing na pornografie</i> LLM-verhandeling UNISA
Van Niekerk (1975)	Van Niekerk B 'Social engineering in the German Constitutional Court - some reflections on a recent judgment' (1975) <i>SALJ</i> 298
Van Wyk (1979)	Van Wyk DH (1979) <i>Persoonlike status in die Suid-Afrikaanse publiekreg</i> LLD-proefskrif UNISA
Van Wyk (1980a)	Van Wyk DH 'Suid-Afrika en die regstaatidee' (1980) <i>TSAR</i> 152
Van Wyk (1980b)	Van Wyk DH 'Judicial review in the Republic of South Africa' (1980) <i>Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart</i> 671
Van Wyk (1990)	Van Wyk DH 'Kultuur, staat, reg - kultuurstaatsreg?' (1990) <i>Stell LR</i> 182
Van Zyl (1988)	Van Zyl DH 'The significance of the concepts "justice" and "equity" in law and legal thought' (1988) <i>SALJ</i> 272
Venter (1986)	Venter F 'Menseregte, groepregte en 'n proses na groter geregtigheid' (1986) <i>SAPR/PL</i> 203
Villa-Vicencio (1991)	Villa-Vicencio C 'Whither South-Africa?: constitutionalism and law-making' (1991) 40 <i>Emory LJ</i> 141

Virtue (1995)	Virtue B 'The coming debate on judicial law-making' (1995) <i>Australian Lawyer</i> 20
Visser (1995)	Visser PJ 'A successful constitutional invasion of private law' (1995) <i>THRHR</i> 745
Visser (1996)	Visser PJ 'Horisontaliteit van fundamentele regte afgewys' (1996) <i>THRHR</i> 510
Vorster (1982)	Vorster MP 'Konstitusies' in Van Vuuren DJ & Kriek DJ (1982) (reds) <i>Politieke alternatiewe vir Suider-Afrika</i> MacMillan
Wacks (1984)	Wacks R 'Judges and injustice' (1984) <i>SALJ</i> 266
Wachtler (1990)	Wachtler S 'Judicial lawmaking' (1990) 65 <i>New York University LR</i> 1
Walker (1988)	Walker G de Q (1988) <i>The rule of law: foundation of constitutional democracy</i> Melbourne University Press
Wamala (1994)	Wamala A 'Reflections on Africa's constitutional history' in De Villiers B (red) (1994) <i>Birth of a Constitution</i> Juta
Wechsler (1959)	Wechsler H 'Towards neutral principles of constitutional law' (1959) 73 <i>Harvard LR</i> 1
Werle (1995)	Werle G "We asked for justice and got the rule of law": German courts and the totalitarian past' (1995) <i>SAJHR</i> 70
West (1992)	West RL 'Constitutional scepticism' (1992) 72 <i>Boston University LR</i> 765
Wheeler (1975)	Wheeler H 'Constitutionalism' in Greenstein FI & Polsby NW (reds) (1975) <i>Handbook of political science</i> (vol 5) Addison-Wesley
Wheare (1964)	Wheare KC (1964) <i>Modern constitutions</i> Oxford University Press
Wiechers (1967)	Wiechers M 'Die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg' (1967) <i>THRHR</i> 309
Wiechers (1981)	Wiechers M (1981) <i>VerLoren van Themaat Staatsreg</i> (3e uitg) Butterworths

Wiechers (1983)	Wiechers M 'n Nuwe grondwet vir Suid-Afrika' (1983) <i>De Rebus</i> 330
Wiechers (1985a)	Wiechers M (1985) <i>Administrative law</i> Butterworths
Wiechers (1985b)	Wiechers M 'The fundamental laws behind our constitution' in Kahn E (red) (1985) <i>Fiat iustitia: essays in memory of Oliver Schreiner</i> Juta 383
Wiechers (1987)	Wiechers M 'Ring out the old, ring in the new' (1987) <i>SAJHR</i> 90
Wiechers (1989/90)	Wiechers M 'Namibia: the 1982 Constitutional Principles and their legal significance' (1989/90) <i>SAYIL</i> 1
Wiechers (1993)	Wiechers M 'Administrative law and the benefactor state' in Bennett TW, Cockrell A, Jooste R, Keightley R & Murray CM (reds) (1993) <i>Administrative law reform</i> Juta
Wiechers (1996)	Wiechers M 'An evaluation of the new South African constitutional dispensation from a Christian perspective' (1996) 36 <i>Woord en Daad</i> 5
Wiechers & Van Wyk (1977)	Wiechers M & Van Wyk DH 'The Republic of Bophuthatswana Constitution 1977' (1977) <i>SAYIL</i> 85
Williams (1989)	Williams P 'The obliging shell: an informal essay on formal equal opportunity' (1989) 87 <i>Michigan LR</i> 2128
Wilson (1988)	Wilson B 'The making of a constitution: approaches to judicial interpretation' (1988) <i>Public Law</i> 370
Wolfe (1991)	Wolfe C (1991) <i>Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security</i> Brooks/Cole
Wolf-Phillips (1972)	Wolf-Phillips L (1972) <i>Comparative constitutions</i> Macmillan
Woolman (1994)	Woolman S 'Riding the push-me pull-you: constructing a test that reconciles the conflicting interests which animate the limitation clause' (1994) <i>SAJHR</i> 60
Woolman (1996)	Woolman S 'The limitations' of justice Sachs' concurrence: <i>Coetzee v Government of Republic of South Africa</i> (1996) <i>SAJHR</i> 99

Wright (1971)	Wright JS 'Professor Bickel, the scholarly tradition, and the Supreme Court' (1971) 84 <i>Harvard LR</i> 769
Würtenberger (1988)	Würtenberger T 'Equality' in Karpen U (red) (1988) <i>The Constitution of the Federal Republic of Germany Nomos</i>
Yoshino (1994)	Yoshino K 'What's past is prologue: precedent in literature and law' (1994) 104 <i>Yale LJ</i> 471
Zlotnick (1996)	Zlotnick M 'The death penalty and public opinion: <i>S v Makwanyane</i> ' (1996) <i>SAJHR</i> 70

3 MEDIABERIGTE

Algemene Kerkbode (1995-02-11) 8-9
Beeld (1990-03-06) 12
Business Day (1995-09-13) 12
Business Day (1995-09-15) 14
Constitutional Talk (27 Jan-9 Feb 1995) 7
Sunday Times (1995-05-07) 23

4 HANSARD

Debatte van die Volksraad (1990-02-02) kol 1-18

Alfabetiese register

ABSTRAKTE NORMKONTROLE	229
ABWEHRRECHTE	227, 230
ADMINISTRATIEFREG	10, 33, 49, 142, 176
AKTIVISME	10, 128, 130, 162, 170, 179, 202, 206, 229, 242, 260, 266
APPLIKATIONSLEISTUNG (sien ook KONKRETISERING)	64
APPÈLHOF	126, 142
AUTO-LIMITATION	55, 239, 253
BALANS TUSSEN TEKS EN KONTEKS	82, 136
BELEIDSASPEKTE	67, 135, 224, 227, 242, 248, 276
BENEFACITOR STATE	268
BRANDEIS BRIEF	174, 187, 194
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT	226, 253
CHECKS AND BALANCES (sien KRUI SKONTROLES)	
COUNTERMAJORITARIAN-ARGUMENT	10, 188, 199, 206 , 224, 259, 276
CRITICAL LEGAL STUDIES-BEWEGING	98, 111 , 123, 218, 249
DEKONSTRUKSIE	113, 115 , 123
DEMOKRASIE	
en die regstaat	13, 230
en grondwetlike toetsing	52, 56, 206, 216, 221, 243, 249, 260
wesensaard van	55, 130, 136, 237, 253, 258, 278
DRITTWIRKUNG	231, 244
EQUITY	1, 15, 76 , 158, 187, 202
FUNDAMENTELE GRONDWETLIKE WAARDES	
aktivering en animering van	12, 15, 169, 186, 233, 237, 256, 260
bronne	43, 55, 72, 88 , 96, 123, 215, 219, 235, 247
objektiewe waarde-orde	230, 237

GEREGTIGHEID	5, 11, 75, 94, 105, 144, 158, 175, 195, 226, 266
GRONDWET	
onderskei van konstitusie	6, 18, 35, 41, 58, 123
oppermagtige (sien ook <i>LEX FUNDAMENTALIS</i>)	6, 8, 11, 17, 42, 61, 85
GRONDWETLIKE TOETSING	7, 43, 52, 63, 159, 197
GRONDWETUITLEG EN 'GEWONE' WETSUITLEG	2, 62, 85, 183, 189
GRONDWETUITLEG IN	
Bophuthatswana	150
Ciskei	163
Duitsland	224
Kanada	239
Namibië	250
Suid-Afrika (vóór 1994)	129
Suid-Afrika (ná 1994)	180
SWA/Namibië	170
VSA	205
GRONDWETUITLEG BENADERINGS	
<i>common law</i> -metode	239
doeldienend	161, 184, 192, 212, 233, 244
grammatikaal	204, 208, 233
histories	204, 233
<i>interpretivism</i>	209, 241
<i>living tree</i> -benadering	244
logies-teleologies	239
<i>originalism</i>	209
<i>non-interpretivism</i>	209, 241
politieke prosesteorieë	216, 231, 234
sistematies	204, 233
sosiologies	215
teleologies	204, 233, 245, 252
tekstueel (sien grammatikaal)	
vergelykend	204
waardebaseerd	208, 213, 232, 238, 248
waarde-neutraal	211

HERMENEUTIEK	99, 111, 122
HOOGEREGSHOF (SA)	181
INTERNASIONALE MENSEREGTE	15, 87, 165, 168, 194, 205, 237
<i>IUDICIS EST IUS DICERE, SED NON DARE</i>	67, 81, 93, 96, 138, 143
<i>JUDICIAL ACTIVISM</i> (sien AKTIVISME)	
<i>JUDICIAL LAWMAKING</i> (sien REGBANK)	
<i>JUDICIAL REVIEW</i> (sien GRONDWETLIKE TOETSING)	
<i>JUDICIAL SELF-RESTRAINT</i>	224, 229
KONKRETE NORMKONTROLE	229
KONKRETISERING	64, 73, 233
KONSTITUSIES	
klassifikasies	6
onderskei van grondwet	6, 18, 35, 41, 58
KONSTITUSIONALISME	20, 42, 46, 52, 133, 204
KONSTITUSIONELE HOF (SA)	191
KRUISKONTROLES	21, 48, 56, 219, 278
<i>LEX FUNDAMENTALIS</i>	6, 17, 33, 41, 52, 61, 88, 153, 200
LIBERALE REGSIDEE	13, 89, 103, 112, 219, 267
<i>LEISTUNGSVERWALTUNG</i>	268
LEGALITEITSBEGINSEL	46, 49, 59, 226, 243
LEGITIMITEIT	2, 59, 85, 138, 171, 275
<i>MARGIN OF APPRECIATION</i>	277
MENSWAARDIGHEID	90, 193, 201, 221, 236, 245, 261, 268
'ONGESKREWE' GRONDWET	12, 186, 195, 201, 211, 237
OPENBARE MENING	195, 257, 274
<i>ORIGINAL INTENT</i>	192, 205, 209, 234, 244
PARLEMENTÊRE SOEWEREINITEIT	14, 17, 82, 85, 138, 149, 240, 260

<i>PLAIN LANGUAGE-BEWEGING</i>	118
POSITIVISME	8, 67, 103, 115, 126, 143
POSTMODERNISME	113
<i>POUVOIR CONTITUANT</i>	53, 57
<i>POUVOIR CONSTITUÉ</i>	53, 57
<i>PRAKTISCHE KONKORDANZ</i>	233, 235
PROPORSIONALITEITSBEGINSEL (sien <i>VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT</i>)	
REGBANK	
as handhawers van waardes	89, 153, 171, 183, 198, 228, 250, 261, 266
en regsforming	71, 74, 78, 81, 92, 183, 211, 220, 228, 243, 276
<i>RECHTSSTAAT</i> (sien ook REGSTAAT)	45, 48, 88, 226, 234, 258
REGSTAAT	
formele	48, 56, 149
as geregtigheidstaat	13, 52, 56, 175
materiële	49, 56, 88, 121, 175
REGTERLIKE OPPERGESAG	8, 222
ROMEINS-HOLLANDSE REG	15, 76, 82, 89, 146, 186, 195, 202
<i>RULE OF LAW</i>	5, 46, 92, 162
<i>SCHRANKEN-SCHRANKEN</i>	153
SKEIDING VAN MAGTE	46, 50, 57, 66, 134
<i>SOCIAL ENGINEERING</i>	186, 229, 266
SOZIALSTAAT	226, 236
'STAATSREGTELIKE WETSUITLEG'	14, 125, 130, 142, 169
<i>STARE DECISIS</i>	162, 198, 226, 272
<i>STREITBARE DEMOKRATIE</i>	56, 238
STRUKTURALISME	100, 115
<i>SUPREME COURT</i> (VSA)	206, 221, 259
UBUNTU	77, 88, 194, 281
VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG	236
VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT	49, 153, 161, 226

WAARDE-AKTIVERENDE GRONDWETUITLEG	
as paradigma vir grondwetuitleg	12, 146, 190, 264
definisie van	265, 269
grense van	270
WECHSELWIRKUNGSLEHRE	153
WETSUITLEG	
en Bybelse skrifeksegese	99
toekomsdimensie van	75, 117, 199
wetsuitvoering	64, 74, 78, 94, 122
WETSUITLEG IN SUID-AFRIKA	
bedoeling-in-teks	68, 130, 199
bedoeling in teks en konteks	69
kontekstualisme	82
<i>plain meaning</i> -benadering	66 , 80, 86, 109, 122, 171
WETSUITLEGBENADERINGS	
argeologiese uitleg	67, 71, 110
bedoelingsteorie (sien subjektiewe bevelsteorie)	
<i>Begriffsjurisprudenz</i> (sien tekstualisme)	
<i>Interessenjurisprudenz</i> (sien objektiewe delegasieteorie)	
<i>constructive interpretation</i>	103
doeldienende uitleg	64, 73
<i>dynamic statutory interpretation</i>	64, 109
<i>école de l'exégèse</i> (sien tekstualisme)	
<i>Freierechtslehre</i> (sien vrye regsleer)	
kontekstualisme (sien doeldienende uitleg)	
letterlike uitleg (sien tekstualisme)	
objektiewe delegasieteorie	74 , 78, 116
normatiewe transponering	107
subjektiewe bevelsteorie	66, 68 , 71, 92, 109, 122
tekstualisme	65 , 101, 109, 117
teleologiese uitleg	15, 64, 75 , 123
vrye regsleer	78